



**INFORME CONSTITUCIONAL SOBRE LA CATEGORIZACIÓN DE LA  
RESERVA TERRITORIAL KUGAPAKORI, NAHUA NANTI, Y LA  
INTANGIBILIDAD DEL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN  
AISLAMIENTO Y CONTACTO INICIAL QUE ALLÍ SE ENCUENTRAN**

Elaborado por:

**Prof. Pedro P. Grández Castro**

Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinador Académico de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la misma Universidad.

**Lima, 1 de julio de 2020**

## CONTENIDO

I.	OBJETO Y ALCANCE DEL INFORME .....	2
II.	ANTECEDENTES Y EVIDENCIA DE LOS RIESGOS ALUDIDOS.....	3
	a. <i>La emisión del Decreto Supremo N° 028-2003-AG y de la Ley N° 28736, y su reglamento: dos niveles de protección por parte del Estado que no son contradictorios .....</i>	4
	b. <i>Evidencia de la especial situación de riesgo en la que se encuentran los PIACI ubicados en la RTKNN, que llevó a la emisión del DS N° 028-2003-AG: sus derechos al territorio, al acceso a los recursos naturales, a la salud y la protección de la propia vida.....</i>	7
III.	MARCO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.....	8
	a. <i>Los estándares interamericanos de protección de los PIACI.....</i>	9
	b. <i>Especial relevancia del caso Saramaka vs. Surinam (CorteIDH, 2007).....</i>	12
IV.	GARANTÍAS INTERNAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PIACI .....	15
	a. <i>La distinción entre derechos y garantías: el Estado peruano ha establecido un sistema de garantías necesario para la protección de la situación de vulnerabilidad de los PIACI ubicados en la RTKNN.....</i>	15
	b. <i>La intangibilidad absoluta de la Reserva Territorial establecida mediante el Decreto Supremo N° 028-2003-AG no ha sido derogada y mantiene su validez específica en cuanto garantía requerida por la especial situación de los PIACI que se encuentran en su territorio.....</i>	17
	c. <i>La relación entre el régimen general de la Ley N° 28736 y la garantía primaria específica para el caso de los PIACI de la RTKNN (Decreto Supremo N° 028-2003-AG): el Informe del profesor Samuel Abad .....</i>	20
	d. <i>Adecuación de la “reserva territorial” a “reserva indígena” y aplicación de la Ley 28736 para garantizar a los PIACI de la RTKNN .....</i>	26
	e. <i>Sobre la incompatibilidad de la excepción prevista en el artículo 5.c de la Ley 28736 con los estándares internacionales de protección de los derechos de los PIACI.....</i>	28
V.	CONCLUSIONES .....	33

## I. OBJETO Y ALCANCE DEL INFORME

1. El objeto del presente informe es determinar el estándar de derecho interno e internacional aplicable a los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial (PIACI) que se encuentran en la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN), respecto de su derecho a la vida, salud, territorio, cultura, y a la intangibilidad de sus fuentes de vida.
2. Con tal propósito, la cuestión central que debe responder el presente informe trata sobre la incidencia que puede tener el artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736, Ley para la protección de los PIACI, en el régimen de protección especial de los PIACI que se encuentran en la RTKNN, cuyos derechos se encuentran garantizados, a nivel interno y con antelación a la ley, entre otras disposiciones, por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG. En esta dirección, el informe se ocupa también de la vigencia actual del Decreto Supremo 028-2008-AG y las garantías materiales que supone ante un eventual proceso de adecuación a la Ley N° 28736.
3. Conviene precisar que, cuando en este informe nos referimos a los términos *Intangibilidad absoluta* o *integridad territorial*, lo hacemos precisamente en los términos de garantía específica a que se refiere el artículo 3 del DS N° 028-2003-AG. Esto es, i) como garantía de integridad o intangibilidad frente a cualquier proceso de recategorización, respecto del territorio, de su economía y sus recursos naturales; ii) como prohibición absoluta para la penetración de nuevos asentamientos humanos distintos a los de los PIACI; iii) como prohibición absoluta de otorgamiento de nuevos derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales que podrían ubicarse en el territorio de la Reserva y, finalmente; iv) como intangibilidad de estatus frente al proceso de adecuación que establece la Ley 28736.
4. Aun cuando se ha sostenido que el Decreto Supremo N° 028-2003-AG<sup>1</sup>, que crea

---

<sup>1</sup> El texto íntegro del Art. 3, es el siguiente:

“**Artículo 3.-** Garantícese la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras comprendidas al interior de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes. En tal sentido queda prohibido el establecimiento de asentamientos humanos diferentes a los de los grupos étnicos mencionados en el artículo 2, al interior de la reserva territorial, así como el desarrollo de actividades económicas. Asimismo, queda prohibido el otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales. Precísese que todo ingreso de terceros, sean estos públicos o privados, con fines asistenciales, de salud, investigación y otros requiere la autorización previa de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos - CONAPA, así como la puesta en conocimiento de las organizaciones indígenas de la zona. Precísese además que aquellos derechos de aprovechamiento de recursos naturales actualmente existentes deberán ejercerse con las máximas consideraciones para garantizar la no afectación de los derechos de las poblaciones indígenas que habitan al interior de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes,

un régimen jurídico de *integridad territorial* o intangibilidad absoluta a favor de los PIACI ubicados en la RTKNN, entra en conflicto normativo con lo establecido en el artículo 5.c de la Ley N° 28736, el presente informe desarrolla argumentos que permiten sostener que entre la Ley N° 28736 y el Decreto Supremo N° 028-2003-AG no existe tal antinomia. Al contrario, este informe sostiene la necesidad de armonizar el régimen de protección específico para los PIACI de la RTKNN con el régimen general que establece la Ley que, además, concreta las obligaciones del Estado frente al Sistema Interamericano. En este punto, se desarrollan argumentos que responden al Informe presentado por el profesor Samuel Abad<sup>2</sup>, quien ha sostenido la invalidez del DS N° 028-2003-AG al haberlo encontrado en conflicto con una norma de rango superior y además posterior como es la Ley N° 28736.

5. En contraste —como se especificó en la pregunta principal—, se sostendrá que nos encontramos frente a un problema de interpretación, de conformidad con el Sistema Interamericano, respecto del texto contenido en el artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736. Ello debido, principalmente, a que los efectos de dicha disposición recaen directamente sobre los derechos de una población —los PIACI ubicados en la RTKNN— que se halla en una situación de especial vulnerabilidad, no solo por su condición de pueblos en aislamiento o en contacto inicial, sino también por las circunstancias específicas de su territorio que los colocan en un nivel de mayor riesgo. De este modo, sostenemos que mientras la Ley otorga una protección general y abstracta, el Estado peruano ha otorgado, incluso con antelación, una protección mucho más estricta atendiendo a la especial situación de los PIACI ubicados en la RTKNN. De tal manera que el Estado ha asegurado a estos pueblos una garantía óptima que debe prevalecer y mantenerse, en la medida responde adecuadamente al riesgo en que se encuentran
  
6. En consecuencia, se argumentará que es indispensable una protección también especial para los PIACI ubicados en la RTKNN, para lo cual resulta indispensable la garantía específica contenida, hoy en día, en el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, la misma que mantiene plena eficacia. Dicha protección se recoge también, en idénticos términos, en la Ley N° 28736, cuya finalidad es justamente “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” (artículo 1).

## II. ANTECEDENTES Y EVIDENCIA DE LOS RIESGOS ALUDIDOS

### a) *La emisión del Decreto Supremo N° 028-2003-AG y de la Ley N° 28736, y su*

---

siguiendo las directivas que al respecto deberá establecer la Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos - CONAPA”.

<sup>2</sup> Informe de fecha 20 de enero de 2020, dirigido a *New Venture Fund*.

**reglamento: dos niveles de protección por parte del Estado que no son contradictorios**

7. En el año 2003, mediante Decreto Supremo N° 028-2003-AG, el Estado peruano declaró como:

Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros”, la superficie de cuatrocientas cincuenta y seis mil seiscientos setenta y dos y 73/100 hectáreas (456 672,73 ha.) ubicada en los distritos de Echarate y Sepahua, provincias de La Convención y Atalaya, departamentos de Cusco y Ucayali, respectivamente, delimitada según memoria descriptiva y mapa que integran el Anexo que forma parte del presente Decreto Supremo (artículo 1).

8. La finalidad de crear una reserva territorial a favor de los grupos étnicos Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, respondía a la necesidad de brindar un “mayor nivel de protección legal a la par de establecer, con mayor claridad, las medidas de control y limitaciones al desarrollo de actividades en el área [de su territorio]”. Por ello, el Estado decretó que se garantice la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras comprendidas al interior de su territorio (artículo 3).

9. La norma en cuestión también estableció:

[La prohibición] del establecimiento de asentamientos humanos diferentes a los de los grupos étnicos (...), al interior de la reserva territorial, así como **el desarrollo de actividades económicas**. Asimismo, **[la prohibición] del otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales**. (...) [Precisando] además, que **aquellos derechos de aprovechamiento de recursos naturales actualmente existentes deberán ejercerse con las máximas consideraciones para garantizar la no afectación de los derechos** de las poblaciones indígenas que habitan al interior de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes (*énfasis añadido*).

10. Conforme se desprende de los *Considerandos* que fundamentan la decisión gubernamental, la medida adoptada respondió a las recomendaciones de la “Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas”, creada mediante Decreto Supremo N°15-2001-PCM y que tuvo como propósito, “estudiar la situación actual y los problemas de las comunidades nativas de la Amazonía a fin de formular propuestas integrales para garantizar la plena vigencia de sus derechos constitucionales y promover su bienestar y desarrollo económico”. En el marco de dicho encargo, esta Comisión especial “conformó una Mesa de Diálogo y Cooperación para las Comunidades Nativas, en la que participaron organizaciones indígenas e instituciones interesadas, quienes aportaron diversas propuestas de solución para los problemas que afectan a las comunidades nativas del país”.

Conforme también se señala en los *Considerandos* del Decreto Supremo en cuestión, la Secretaría Técnica de dicha Comisión especial elaboró el “Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios”, publicado en el mes de julio de 2001. Dicho Plan contemplaba en su acápite G, objetivo G.1, “la necesidad de establecer un régimen jurídico especial para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, el cual requiere una serie de medidas especiales orientadas a garantizar su protección, velar por el respeto de sus derechos humanos, garantizar la seguridad jurídica de sus territorios, y promover las acciones adecuadas para cuando ellos decidan iniciar un proceso de interacción con la sociedad nacional”<sup>3</sup>;

11. Es importante destacar la naturaleza específica de la medida gubernamental, así como la metodología participativa en la emisión del referido Decreto Supremo, el mismo que ha tomado en cuenta estándares establecidos en el propio Convenio 169 que también ha sido invocado entre sus fundamentos. Podría afirmarse, en consecuencia, que, en estricto, estamos frente a la adopción de una política pública en materia de derechos humanos de los PIACI que se adopta en un contexto de interculturalidad y siguiendo estándares del Sistema Interamericano para la protección de los derechos de estos grupos<sup>4</sup>.
12. Por otro lado, en el año 2006, se promulgó la Ley N° 28736, Ley para la protección de los PIACI, que, en su artículo 5, establece el carácter intangible de las reservas indígenas, disponiendo que:

Las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles en tanto mantengan la calidad de tales. En ellas:

(...) b) Se prohíbe la realización de cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas;

c) **No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo (...) aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los PIACI**, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. **En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley; (énfasis añadido).**

13. Posteriormente, en la Primera Disposición complementaria y transitoria del Reglamento de la Ley, promulgado un año después mediante el Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, se dispone que:

En un plazo máximo de seis meses de la entrada en vigencia del presente Reglamento, el MIMDES a través de la DGPOA, **propondrá la adecuación de las**

<sup>3</sup> Cfr. Considerandos del DS N° 028-2003-AG

<sup>4</sup> Conforme ha destacado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su reciente Informe Sobre Políticas Públicas con enfoque de derechos humanos, “la Comisión afirma que la participación de la ciudadanía en el ciclo de políticas públicas permite que la definición de los problemas, el diseño de la política, la implementación y la evaluación, incorporen las experiencias, perspectivas y puntos de vista de las personas y grupos que son titulares de los derechos que se busca salvaguardar”. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre Políticas Públicas con enfoque de derechos humanos*, párrafo, 58. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 191 15 septiembre 2018 Original: Español.

**siguientes reservas territoriales existentes: a) La Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, creada por Decreto Supremo N° 028- 2003-AG (énfasis añadido).**

14. Una primera lectura pareciera concluyente, en el sentido de que las disposiciones contenidas en la Ley N° 28736 y su Reglamento habrían derogado y dejado sin efecto lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, cambiando el régimen de protección de los PAICI ubicados en la RTKNN. Así, mientras que en el año 2003 (o incluso antes, desde 1990), se habría establecido un régimen de *intangibilidad absoluta*, en el 2006 se habría sustituido, por un régimen de *intangibilidad moderada* mediante una excepción concreta, permitiendo aquello que se había otorgado en el régimen anterior.
15. Tal lectura es, sin embargo, equivocada. En efecto, pese al tiempo transcurrido hasta la actualidad, no se ha ejecutado el mandato establecido en la *Primera Disposición complementaria y transitoria* del Reglamento de la Ley que precisaba que: “en un plazo máximo de seis meses” debía procederse a la adecuación de la reserva territorial creada a favor de los PIACI mediante Decreto Supremo N° 028-2003-AG. De este modo, mientras el Estado no proceda con dicha adecuación, el régimen jurídico específico creado en garantía de los territorios de las comunidades en situación de aislamiento voluntario, no solo está vigente, sino que resulta imperioso que mantenga plenos efectos jurídicos, garantizando que el proceso de adecuación respete, de manera escrupulosa, las garantías que con antelación se han establecido mediante una política pública participativa y que se encuentra contenida en la Resolución Suprema del año 2003.
16. Debido a que la modificación del tratamiento legal recae directamente sobre los derechos de una población que se encuentra en especial situación de vulnerabilidad, una pregunta relevante que surge en cuanto se comparan ambos regímenes (el de *intangibilidad absoluta* reconocido el 2003, y el de *intangibilidad moderada* impuesto el 2006) —y que será analizada en el apartado IV—, es la siguiente:

¿Dicha modificación puede incidir en forma desfavorable con relación a los derechos de los PIACI ubicados en la RTKNN y garantizados con la reserva territorial en el año 2003? Y si no es así, ¿cómo deben interpretarse los requisitos que tiene que cumplir una determinada actividad económica de aprovechamiento y extracción de recursos naturales que se encuentren en su territorio, para estar dentro de la excepción? Dicho en otros términos, ¿puede el Estado peruano mediante una ley y su reglamento cambiar el estatus de protección que venía ofreciendo con antelación sin incurrir en un incumplimiento de los estándares de protección internacional?

**b. Evidencia de la especial situación de riesgo en la que se encuentran los PIACI ubicados en la RTKNN, que llevó a la emisión del DS N° 028-2003-AG: sus derechos**

***al territorio, al acceso a los recursos naturales, a la salud y la protección de la propia vida***

17. En el año 2005, mediante Resolución Defensorial N° 032-2005-DP, la Defensoría del Pueblo aprobó el Informe Defensorial N° 101 “Pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial”<sup>5</sup>. En este informe se concluye, de manera general, que:

Existe una extremada vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en situación de aislamiento, debido a la invasión de sus territorios por extractores ilegales y turistas informales, así como a las actividades de hidrocarburos que se desarrollan en las áreas habitadas por estos (p. 64). [Estas] áreas (...) se caracterizan por ser ricas en recursos naturales, tanto de flora y fauna como de petróleo y gas natural. (...) En las actividades de hidrocarburos, la etapa de exploración es la que genera mayor riesgo de contacto con los pueblos indígenas en situación de aislamiento, debido a la alta movilidad de los equipos utilizados para la sísmica que se introducen en los bosques, incluyendo muchas veces las partes altas de las cuencas de los ríos (p. 65).

18. Específicamente, en referencia a la RTKNN, la Defensoría constató que “los madereros realizan extracción selectiva de cedro y caoba al interior de ellas, instalando sus campamentos y construyendo trochas hasta los ríos principales para el transporte del recurso forestal” (p. 11). Asimismo, se verificó que “[l]as dos terceras partes del Lote 88 (explorado y explotado por la empresa *Pluspetrol Corporation* en el Proyecto Camisea desde el año 2000) están superpuestas” en el territorio de la Reserva (p. 15); siendo, además, que no se realizó el proceso de consulta previa respectivo (p. 18).
19. En relación con el Lote 88, la Defensoría realizó las siguientes constataciones: “se [produjeron] encuentros entre grupos de indígenas en situación de aislamiento y trabajadores de la Empresa Veritas, subcontratista de *Pluspetrol Corporation*; [los PIACI] se ven afectados por los constantes sobrevuelos y los ruidos causados por los motores, ya que se trata de grupos tradicionalmente nómadas que se movilizan constantemente para conseguir alimentos” (p. 34). Con estos hechos sus derechos al territorio y acceso a los recursos naturales se encuentran en una situación de especial riesgo.
20. Por otra parte, también el derecho a la salud de los PIACI que habitan en la RTKNN se encuentra en una situación de especial riesgo, debido a que, tal como se indica en el “Informe jurídico de salvaguardas para la protección de los PIACI de la RTKNN”<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> Disponible en: [https://www.defensoria.gob.pe/categorias\\_informes/informe-defensorial/page/10/](https://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-defensorial/page/10/)

<sup>6</sup> Elaborado por AIDSESEP y DAR en el 2018. Disponible en:

[http://www.aidesep.org.pe/sites/default/files/media/documento/informe\\_juridico\\_rtknn.pdf](http://www.aidesep.org.pe/sites/default/files/media/documento/informe_juridico_rtknn.pdf)

Uno de los principales impactos ambientales del Proyecto Camisea ha sido la drástica disminución de los recursos hídricos y la fauna en general, debido al permanente tránsito de embarcaciones por el río Urubamba y sus afluentes, ubicados dentro del Lote, así como el constante vuelo de helicópteros (...). Otro aspecto para tener en cuenta es el ingreso y la salida del personal del proyecto gasífero, porque esto coadyuva al incremento de enfermedades mortales en las poblaciones que habitan en la RTKNN (p. 10).

21. De acuerdo con información oficial del Ministerio de Salud —solicitada en el 2018 para la elaboración del informe mencionado—, el 61% de la población de Nahua (uno de los PIACI ubicados en la RTKNN) “excede el límite permisible de mercurio en orina”. Asimismo, se indica que “las patologías más frecuentes lo constituyen enfermedades respiratorias agudas, seguidas de las enfermedades infecciosas gastrointestinales” (p. 11). En relación con lo primero, también se hace referencia al “Análisis de situación de salud del pueblo Nahua de Santa Rosa de Serjali en la Reserva Territorial Kugapakori Nahua Nanti y otros”, informe elaborado por el Ministerio de Salud en el 2017, en el que se constata que no solo la mayoría de los hombres y mujeres del pueblo de Nahua, sino también de niños y niñas, presentan en la sangre un nivel de mercurio por encima del valor referencial. Ello evidenciaría, según el Informe de AIDSESEP y DAR (2018), que el mercurio “se encuentra en el agua, el aire, y las fuentes de alimento” (p. 12).
22. Por otro lado, en el caso de la situación de la población de Nanti (otro de los PAICI ubicados en la RTKNN), también se verifica que existe una fuerte vulnerabilidad en relación con su salud. De acuerdo con reportes del Ministerio de Salud, incluidos en el informe de AIDSESEP y DAR (2018), hasta el 2003, las principales razones de mortalidad estaban relacionadas con el brote de epidemias; mientras que, hacia el 2017, la segunda causa de muerte, entre adultos y niños, estaba relacionada con “infecciones de vías respiratorias agudas” (p. 14)<sup>7</sup>.

### **III. MARCO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL**

23. Teniendo en cuenta la situación de especial riesgo y vulnerabilidad en que se encuentran los derechos de los PIACI de la RTKNN, a continuación, se expondrán, de manera breve, los estándares interamericanos de protección. El cumplimiento de estos estándares por parte del Estado peruano no debe realizarse considerándolos como un marco referencial, sino más bien, como una obligación en aras de garantizar los derechos de los PIACI con medidas óptimas.
24. Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no ha desarrollado expresamente un conjunto de estándares jurídicos para el tratamiento de los derechos de este grupo de personas sí es posible reconstruirlos a partir del

---

<sup>7</sup> Ídem.

contenido del informe denominado “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas”, publicado por la CIDH en el año 2013<sup>8</sup>. En este informe, la CIDH expresa claramente la situación especial de riesgo en la que se encuentran los PIACI en general:

El contacto con extraños y con personas no indígenas supone ante todo una afrenta a su cosmovisión, a su manera de entender e interpretar el mundo que los rodea. Cuando se da el contacto, se derrumba de modo irreversible todo un sistema de creencias, tradiciones y supuestos que daban por sentados, y en los que han basado su modo de vida y su cultura por varios cientos de años (p. 9).

25. Conforme ha precisado la CIDH en el párrafo 38 del informe aludido:

Si bien el Convenio N° 169 no contiene un artículo dedicado exclusivamente a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial; no obstante, contiene numerosas disposiciones que pueden ser relevantes para éstos. Entre dichas disposiciones destaca el artículo 14, el cual reconoce el derecho de los pueblos indígenas “de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”. Además, expresa que “en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”. El Convenio también señala que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”<sup>9</sup>.

a. *Los estándares interamericanos de protección de los PIACI*

De este modo, en el marco de los compromisos del Estado peruano frente a los organismos internacionales de protección de derechos humanos de los PIACI, es posible reconstruir los siguientes estándares:

***Estándar 1 – Respeto por el principio de no contacto y el derecho a la libre determinación:*** Los Estados deben respetar el derecho de los PIACI a no ser contactados y a su elección de permanecer en aislamiento (p. 9). Al respecto, la CIDH —en concordancia con lo señalado por la Relatoría de la ONU<sup>10</sup>—, señala que respetar este principio “implica implementar una política pública que proteja sus espacios vitales y les preserve de presiones por parte de empresas extractivas, la tala ilegal de madera, y el asentamiento no autorizado en el área” (p.10).

---

<sup>8</sup> Disponible en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/informe-pueblos-indigenas-aislamiento-voluntario.pdf>

<sup>9</sup> Cfr. Ídem, párrafo 38. Se han omitido las referencias a pie de página.

<sup>10</sup> Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya.

Asimismo, precisa que “[l]as distintas amenazas (...) tienen como causa común el contacto, ya sea directo o indirecto, con personas ajenas a sus pueblos” (p. 10). Por dicha razón, “[e]l contacto se debe dar solamente si es propiciado por los pueblos en aislamiento. El principio de no contacto es la manifestación del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario a la libre determinación” (p. 10).

***Estándar 2 – Respeto por el principio pro personae y el derecho a la consulta previa, libre e informada:*** De acuerdo con la CIDH, el respeto al derecho a la consulta en el caso de los pueblos en aislamiento voluntario, “los factores principales a considerar (...) son (i) el rechazo manifiesto a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios, y (ii) su decisión de mantenerse en aislamiento respecto de otros pueblos y personas” (p. 13). Por otro lado, en el caso del respeto al respeto a la consulta de los pueblos indígenas en contacto inicial, “los Estados deben aplicar los estándares desarrollados por la CIDH y la Corte IDH de manera culturalmente apropiada, de acuerdo con las circunstancias de cada caso específico y tomando en cuenta el nivel de contacto del pueblo de que se trate” (p. 14).

***Estándar 3 – Respeto por los derechos al territorio y de acceso a los recursos naturales:*** Según lo señalado por la CIDH, “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”. Por ello, para proteger dicho derecho los Estados deben “aplicar especial cuidado al tomar las medidas para garantizar territorios de suficiente extensión y calidad a PIACI (p. 49). Por otro lado, en relación con el acceso a los recursos naturales, la CIDH precisa que “[l]a extracción tanto legal como ilegal de recursos naturales (como maderas de alto valor comercial y la exploración y explotación de hidrocarburos) constituyen una grave amenaza a la integridad física y cultural de estos pueblos, y de su supervivencia” (p. 55).

Asimismo, la CIDH hace una recomendación muy importante respecto del derecho al territorio: “En caso de alguna excepción a la prohibición de acceso a los territorios de pueblos indígenas en aislamiento o contacto inicial, [el Estado debe] establecerlas previa y claramente en la legislación, las mismas que deben estar encaminadas a brindar una mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas o a atender situaciones excepcionales de emergencia. En particular, abstenerse de considerar excepciones que apelen al interés público de manera general” (*énfasis añadido*).

***Estándar 4 – Respeto por el derecho a la salud y la vida:*** En relación con los PIACI, la CIDH considera que “la transmisión de enfermedades es una de las amenazas más graves a su supervivencia física derivada del contacto” (p. 68), generando incluso “disrupción social y cultural, y desmoralización generalizada en los pueblos afectados” (p. 71). Por esta razón, los Estados tienen “el deber de prevenir la ocurrencia de estos cuadros comprensivos de violaciones a los

derechos humanos, para preservar la vida y la integridad física de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, mediante la adopción de las medidas preventivas de salud pública que sean pertinentes en cada caso. Estas garantías revisten particular importancia para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial” (p. 68).

***Estándar 5 – Exigencia de otorgar una especial protección por parte del Estado:***

De acuerdo con la CIDH, los Estados están obligados a “adoptar un marco de protección especial para los pueblos indígenas que viven aislados voluntariamente y que los gobiernos establezcan políticas especiales para asegurar la protección y los derechos de los pueblos indígenas que tienen pequeñas poblaciones y corren riesgo de extinción” (p. 24).

26. De los cinco estándares que se han resumido, el que mayor relevancia tiene para el análisis de la situación de los PIACI ubicados en la RTKNN, es aquel referido al respeto por sus derechos al territorio y de acceso a los recursos naturales (Estándar 3). Como ha dejado claro la CIDH, en principio, los Estados tienen la obligación de prohibir la entrada de personas ajenas al territorio de los PIACI, con la finalidad, no solo de preservar su territorio y el acceso a los recursos naturales, sino también su integridad física, cultural y psicológica. No obstante, en el caso de que los Estados decidan hacer una excepción a dicha prohibición, los supuestos excepcionales deben cumplir con lo siguiente:
- (i) deben estar establecidos de forma previa y clara en la legislación;
  - (ii) deben estar encaminados a brindar una mayor protección de los derechos de los PIACI; o,
  - (iii) deben estar dirigidos a atender situaciones excepcionales de emergencia; y,
  - (iv) deben abstenerse de apelar al interés público de manera general.

*b. Especial relevancia del caso Saramaka vs. Surinam (CorteIDH, 2007)*

27. Aun cuando ya se ha adelantado en el resumen del Informe de la Comisión del año 2013, conviene reiterar en este punto, por la relevancia que tiene para el caso que nos ocupa, el estándar jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), que para el caso de los países miembros del Sistema Interamericano constituyen normas de obligatorio cumplimiento. En efecto, como lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, “[...]las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”<sup>11</sup>.

28. Según ha establecido la CorteIDH, las medidas que un Estado está obligado a establecer en garantía de la intangibilidad de los territorios de los PIACI y en general de las comunidades indígenas, están directamente vinculadas con la garantía de su propia existencia. Como recuerda la CorteIDH: “[...] el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”. De ahí que:

[...]el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que, a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad<sup>12</sup>.

29. De este modo, la CorteIDH ha establecido como norma vinculante para los Estados parte del Pacto de San José, que el derecho de propiedad a que se refiere el artículo 21 de la Convención, comprende el derecho al territorio en el caso de los pueblos indígenas. Este derecho, que debe ser garantizado por los Estados, se conecta con los derechos a la identidad, a la cultura, la salud y la propia vida de cada uno de los integrantes de estas comunidades. La conclusión de la CorteIDH no deja lugar a dudas al establecer que:

Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, **confiere a**

---

<sup>11</sup> Cfr. STC 00007-2007-PI/TC, Fundamento 36.

<sup>12</sup> Cfr. Saramaka vs. Surinam, Párrafos 121 y 122.

**los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.** Aplicando el criterio mencionado en el presente caso, la Corte, por lo tanto, concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos **que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio**<sup>13</sup> (*énfasis añadido*).

30. A la luz de estas consideraciones de la CorteIDH, resulta concluyente que los Estados miembros de la Convención, como es el caso del Perú, se encuentran obligados por normas de derecho internacional de los derechos humanos, a garantizar el territorio, así como la intangibilidad de las tierras de los PIACI. No se trata pues de normas de carácter administrativo o incluso de orden legal las que establecen estas obligaciones. Estamos ante normas de rango convencional que imponen estándares a todas las instancias normativas del Estado, incluido el legislador.
31. En el punto II de este informe se ha desarrollado, con abundante evidencia de respaldo, los riesgos para la salud, la vida y la existencia de los PIACI ubicados en la RTKNN. Esta evidencia muestra la importancia que tiene una adecuada garantía de intangibilidad del territorio en este caso específico. Conforme al estándar de la CorteIDH entonces, cualquier intervención en este espacio, requeriría el consentimiento de las organizaciones de las comunidades aledañas a la reserva, así como de las organizaciones de la sociedad civil que ejercen la representación de los PIACI en los términos que exigen los estándares del Sistema Interamericano.

Sin embargo, para el caso de los PIACI ubicados en la RTKNN, atendiendo a la gravedad de su situación de vulnerabilidad, el **Estado peruano ha adoptado medidas más estrictas de protección, declarando y comprometiendo su decisión ante organismos internacionales, sobre la necesidad de una declaración de intangibilidad absoluta en este caso puntual.** El proceso participativo que llevó a la declaración de la reserva territorial, que data del año 1990, pone en evidencia la necesidad de la garantía adoptada por el Estado peruano, actuación que hoy encuentra respaldo en la propia Ley 28736, como tendremos ocasión de desarrollar más adelante.

32. En cualquier caso, la CIDH ha mostrado su preocupación en su informe del año 2013, bajo el principio de buena fe, propio del derecho internacional, al establecer que: “La posible aplicación de esta excepción de necesidad pública [Ley 28736, artículo 5.c.] **podría ser determinante en los esfuerzos por asegurar el respeto**

---

<sup>13</sup> Cfr. Saramaka vs. Surinam, párrafos 95 y 96.

**a los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en Perú”<sup>14</sup>**  
(énfasis añadido).

33. Asimismo, aun cuando la CIDH ha valorado positivamente el “carácter vinculante de las opiniones técnicas del Viceministerio de Interculturalidad relativas a estudios de impacto ambiental relacionados con actividades extractivas en las reservas, entidad que cuenta con una Dirección Especializada en Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial”; sin embargo, conviene dejar establecido, que tales declaraciones de funcionarios del Estado peruano ante el Sistema Interamericano, no garantizan per sé la intangibilidad de los derechos de los PIACI. De ahí que la propia CIDH haya exigido, además, que el órgano a cargo de esta importante función pueda realizarla de modo “autónomo e independiente, y con estricto respeto a criterios técnicos, especializados y multidisciplinarios”<sup>15</sup>.
34. Debemos aquí recordar, que el establecimiento de la Reserva Territorial, que incluye una intangibilidad absoluta a favor de los territorios de los PIACI ubicados en la RTKNN, que consideramos irreversible, ha ocurrido precisamente siguiendo este procedimiento que la CIDH valora como indispensable para una adecuada protección de los derechos en riesgo. Tal garantía incluye la participación activa de las propias organizaciones de los pueblos originarios. Como se lee en los Considerandos del D.S 028-2003, que crea la Reserva de los Territorios de los PIACI de la RTKNN:

**CONSIDERANDO QUE:**

[...]

“Que, la Secretaría Técnica de la “Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas”, sobre la base de las propuestas de la Mesa de Diálogo y Cooperación y el trabajo colectivo y participativo desarrollado entre diversos sectores públicos y miembros de la sociedad civil, entre los cuales se encontraron organizaciones indígenas, organizaciones no gubernamentales, pobladores locales y consultores independientes, elaboró el “Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios”, el cual fue publicado con fecha 24 de julio de 2001;

Que, el citado Plan de Acción, en su acápite G objetivo G.1, contempló la necesidad de establecer un régimen jurídico especial para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, el cual requiere una serie de medidas especiales orientadas a garantizar su protección, velar por el respeto de sus derechos humanos, garantizar la seguridad jurídica de sus territorios, y promover las acciones adecuadas para cuando ellos decidan iniciar un proceso de interacción con la sociedad nacional;”

35. Podemos así concluir en este punto que, a la luz de los estándares del Sistema Interamericano, los PIACI se encuentran protegidos en sus derechos a la vida, a su cultura e identidad, y a la intangibilidad de su territorio que les permite desarrollar su vida conforme a sus costumbres ancestrales. **En consecuencia, corresponde al**

---

<sup>14</sup> Informe CIDH, cit. Párrafo 67.

<sup>15</sup> Ibid.

**Estado peruano desarrollar un sistema de protección idóneo que, en determinadas circunstancias y atendiendo al grado de vulnerabilidad en que se encuentren —como ocurre en el caso de los PIACI ubicados en la RTKNN—, incluya, necesariamente, la intangibilidad absoluta como ha ocurrido en este caso.**

#### **IV. GARANTÍAS INTERNAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PIACI**

*a. La distinción entre derechos y garantías: el Estado peruano ha establecido un sistema de garantías necesario para la protección de la situación de vulnerabilidad de los PIACI ubicados en la RTKNN*

36. Corresponde ahora responder a la cuestión puntual sobre la garantía adecuada para proteger a los PIACI ubicados en la RTKNN, así como sobre si dicha garantía específica —otorgada desde los años 90' por parte del Estado y ratificado en el año 2003 mediante el Decreto Supremo N° 028-2003-AG—, resulta compatible con la Ley 28736 y su Reglamento, aprobados ambos con posterioridad.
37. Pero antes de avanzar con las cuestiones planteadas, conviene distinguir dos conceptos básicos: *derecho* y *garantía*. Esto nos permitirá aclarar algunas confusiones en las que, con frecuencia, se incurre a la hora de establecer lo que está ordenado o prohibido por una norma de derecho fundamental y las subsecuentes responsabilidades de su incumplimiento.
38. Siguiendo a Ferrajoli, podemos sostener que los *derechos subjetivos* son “expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto [o, a un grupo de sujetos] por una norma jurídica”; mientras que las *garantías* estarían constituidas por los “deberes correspondientes” que, cuando se trata de *garantías primarias* (o sustantivas), estas se refieren a la “obligación de prestación o la prohibición de lesión dispuesta en garantía de un derecho subjetivo”. En cambio, *las garantías secundarias*, (o procesales) estarían referidas a la “obligación de anulación o de condena predispuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad de un acto ilícito”<sup>16</sup>.
39. Puede deducirse, entonces, que los derechos reconocidos en el marco de los compromisos de un Estado con el sistema internacional le imponen obligaciones tanto en forma inmediata, es decir, obligaciones del propio gobierno o de la administración (*garantías primarias*), como también obligaciones de protección a través de vías procesales o jurisdiccionales (*garantías secundarias*).

Las *garantías primarias* son, en el lenguaje de Ferrajoli, obligaciones a cargo de la administración o de la legislación, tendientes a dar efectividad directa e inmediata

---

<sup>16</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, T. I, Ed. Trotta, p. 631.

a los derechos que provienen de un cuerpo normativo fundamental como la Convención o la propia Constitución. Por ejemplo, el derecho a la educación o el derecho a la salud, traen como exigencias de *garantías primarias* una serie de prestaciones normativas, institucionales e incluso logísticas a cargo del gobierno, como la infraestructura, el pago adecuado a los profesionales que prestan tales servicios por cuenta del Estado, la cobertura del servicio, etc. Si se trata de derechos de libertad o el derecho a la vida, las *garantías primarias* exigidas imponen obligaciones normativas de no lesión y también de sanción frente a posibles ataques. Las *garantías secundarias* o procesales, en cambio, se activan por lo general, ante el fracaso de las *garantías primarias*.

40. De este modo, Ferrajoli nos previene para no incurrir en el error de “diluir” los *derechos* en sus *garantías*, confundiéndolos. Puesto que si ello ocurriera —si los derechos equivalieran a la presencia o no de sus garantías—, entonces, “[e]nteros catálogos de derechos —gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos por convenciones internacionales— serían no-derechos, no-normas, solamente por estar privados de garantías, tanto primarias como secundarias”<sup>17</sup>. Al contrario, conforme argumenta el autor, la distinción entre *derechos* y sus *garantías*, permite al constitucionalismo de nuestro tiempo, advertir y asumir el reto de eliminar las brechas o lagunas que pueden establecerse entre los derechos y sus incumplimientos o infracciones.
41. Ferrajoli se refiere así a la obligación de una “legislación de ejecución” para dar pleno cumplimiento a muchos de los derechos sociales establecidos en constituciones y/o convenios internacionales, indicando que:

Es precisamente esta obligación —la obligación de una legislación de ejecución consistente en la introducción de las garantías primarias y secundarias faltantes— la que integra la garantía constitucional positiva de los derechos fundamentales establecidos. No es, por tanto, verdad que la carencia de garantías legislativas primarias y secundarias equivale a la carencia de cualquier obligación en cabeza del legislador”<sup>18</sup>.

42. Como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, en el presente caso, no puede aceptarse que, frente a la inexistencia o deficiencia de las garantías primarias prestadas por el Estado, los derechos de los PIACI dejan de ser derechos o que el legislador del Estado los puede vaciar de contenido, invalidando su fuerza vinculante. **Es decir, el que las garantías primarias necesarias, en este caso, la obligación impuesta al Estado de una reserva territorial con intangibilidad absoluta para los PIACI de la RTKNN haya sido solo reconocida en un Decreto Supremo no significa que puede ahora ser invalidada por una norma del propio Estado, aun cuando esta sea de mayor Jerarquía. Esto es así, porque las**

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Cfr. Ferrajoli, L. “Las garantías constitucionales de los derechos”, en *Doxa*, número 19, Madrid, 2006, p. 29.

**garantías exigidas son en este caso, obligaciones que provienen del orden internacional y que no pueden invalidarse en forma unilateral por el Estado.**

43. Este marco conceptual nos permite ahora avanzar con el siguiente punto. Lo primero que hay que recordar aquí es que, tal como ya ha quedado establecido, los derechos de los PIACI forman parte del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Esto significa que no pueden ser alterados, modificados o negados por leyes o en general por decisiones internas, pues ello conllevaría la negación de su naturaleza de derechos humanos.
44. Aceptado que estamos ante derechos humanos auténticos, que exigen garantías del mismo nivel, el siguiente paso que debemos dar consiste en identificar el tipo de obligación que se desprende para el Estado; o, en otras palabras, qué tipo de *garantías* son exigidas como obligaciones correlativas al derecho en cuestión y que, en consecuencia, resulten adecuadas y necesarias para la efectividad de estos derechos que forman parte del DIDH. Se trata, entonces, de *garantías primarias* que deben establecerse y que deben resultar eficaces para proteger los derechos en cuestión.

***b. La intangibilidad absoluta de la Reserva Territorial establecida mediante el Decreto Supremo N° 028-2003-AG no ha sido derogada y mantiene su validez específica en cuanto garantía requerida por la especial situación de los PIACI que se encuentran en su territorio***

45. El Estado peruano mantiene un sistema de *garantías* para proteger los derechos de los PIACI que no es uniforme para todos los casos. Incluso, como se recoge también en el informe de la CIDH, el régimen legal de cada una de las reservas territoriales establecidas difiere uno respecto de otro. Teniendo ello en cuenta, es posible sostener que el régimen de *intangibilidad absoluta* resulta la fórmula necesaria y proporcional para la protección de los pueblos y comunidades indígenas, cuando existen riesgos graves para su salud y vida, como ocurre en el caso de los PIACI ubicados en la RTKNN. Así lo ratifica la CorteIDH<sup>19</sup> y la CIDH, cuando considera que dicho régimen es la medida idónea que permitiría proteger de manera óptima sus derechos, sobre todo, aquellos relacionados a su integridad física, psicológica y cultural.
46. En el caso de los PIACI ubicados en la RTKNN —como fue detallado en el apartado II—, existía una regulación especial (específica) que viene desde el año 1990 y que incluso se mejoró en el año 2003, en la medida que el Estado consideró que la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban estos pueblos ameritaba un régimen urgente de protección. Por tal motivo, la regulación emitida por el Estado (el Decreto Supremo N° 028-2003-AG) dispuso el régimen de *intangibilidad*

---

<sup>19</sup> Como fue explicado, este es el estándar que la CorteIDH estableció en el caso *Saramaka* para la protección del territorio de los PIACI.

*absoluta* de su territorio, prohibiendo cualquier tipo de actividad económica en el futuro (dado que en aquel momento ya existía actividad relacionada con la exploración y extracción de recursos naturales, como el Proyecto Camisea en el Lote 88).

47. Así lo entendió también la CIDH en su informe del año 2013. Refiriéndose al estatus de las cinco reservas que aparecen recogidas en el Informe en cuestión, la Comisión señala que:

(...) las restricciones al ingreso a estas Reservas Territoriales no son uniformes, ya que fueron creadas mediante distintos mecanismos jurídicos. Por ejemplo, en la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, *“queda prohibido el establecimiento de asentamientos humanos diferentes a los grupos étnicos [Kugapakori, Nahua, Nanti y otros], al interior de la reserva territorial, así como el desarrollo de actividades económicas. Asimismo, queda prohibido el otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales”*<sup>20</sup>. **Esta Resolución no contempla una excepción de necesidad pública como la de la posterior Ley No. 28736 de 2006 (énfasis añadido)**<sup>21</sup>.

48. En el mismo documento, se hace referencia al compromiso del Estado peruano para mejorar el estándar de protección, justamente en el territorio de los PIACI ubicados en la RTKNN:

Por otra parte, en el marco del proyecto “Fortalecimiento Institucional, Ambiental y Social Proyecto Camisea”, financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo, el Estado de Perú se comprometió, entre otras cosas, **a mejorar la normatividad existente para que se otorgue protección a la Reserva Territorial Nahua-Kugapakori, incluida la protección de las comunidades en aislamiento voluntario (énfasis añadido)**<sup>22</sup>.

49. Como puede apreciarse, la situación de grave vulnerabilidad de los PIACI ubicados en esta zona del país ha merecido el compromiso del Estado peruano a nivel internacional, por lo que, cualquier desarrollo normativo posterior no podría reducir el marco de protección sin poner en riesgo la responsabilidad internacional del Estado. De ahí que la Ley N° 28736, que crea un régimen general de protección para los pueblos en situación de aislamiento, no puede interpretarse en términos regresivos para aquellas comunidades que tenían a su entrada en vigor, un cierto estatus jurídico de protección garantizado en el marco de los compromisos del

---

<sup>20</sup> La referencia es a la Resolución Ministerial N° 0046-90-AG/DGRAAR, la misma que fue modificada por el DS N° 028-2003-AG que mantuvo la misma intangibilidad de acceso.

<sup>21</sup> Cfr. Párrafo 74 del Informe de la CIDH.

<sup>22</sup> La referencia a pie de página es la siguiente: Banco Interamericano de Desarrollo, Proyecto PE0233, Fortalecimiento Institucional, Ambiental y Social Proyecto Camisea, Contrato No. 1441/OC-PE, disponible en: <http://www.iadb.org/es/proyectos/project-information-page,1303.html?id=PE0233#doc>. Ver también Respuesta del Estado de Perú al Cuestionario de Consulta sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial, recibida por la CIDH el 31 de mayo de 2013, pág. 26.

Estado peruano con el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.

50. Puede sostenerse entonces, a la luz de los estándares desarrollados y las obligaciones asumidas por el Estado peruano con el Sistema Interamericano, que la Ley que habilita la posibilidad de que “[e]n caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley”, no es aplicable a los PIACI de la RTKNN.
51. Esto es así debido a que la *garantía* de los derechos específicos para este grupo originario contenidos en el DS N° 028-2003-AG, no detenta el estatus formal de la norma interna que la contiene, sino que más bien concreta las exigencias de un conjunto de *derechos* de los PIACI recogidos en normas del CIDH. En otras palabras, constituye la *garantía primaria* indispensable y proporcional para dar efectividad a tales derechos.
52. De este modo, las exigencias del DIDH en los términos desarrollados *supra*, orientan y, al mismo tiempo, controlan las *garantías* que son las adecuadas, necesarias y proporcionales para la efectividad de los derechos de los PIACI. El régimen de *intangibilidad absoluta* es entonces, sobre la base de la evidencia que ha sido expuesta en este Informe, la garantía primaria exigida al Estado peruano para proteger en forma eficaz los derechos de los PIACI ubicados en la zona de la reserva territorial.
53. Así, concluimos en este punto que antes que hablar de antinomias aparentes, entre las *garantías primarias* específicas establecidas por el Estado peruano para el caso concreto de los PIACI de la RTKNN y recogido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG, y el artículo 5 literal c) de la Ley N° 28736, conviene más bien hablar de armonización a la luz de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, la relación entre estas dos disposiciones requiere ser establecida a partir de las distintas exigencias que conlleva la satisfacción de los derechos en contextos diferenciados. En el caso que nos ocupa, el régimen de *intangibilidad absoluta* fue establecido, específicamente, para garantizar una especial situación de vulnerabilidad de los PIACI ubicados en la RTKNN. Dichas garantías, por lo demás, han sido establecidas luego de un largo proceso, con amplia participación de organizaciones e instancias del propio Estado peruano, y atendiendo a una concreta situación de riesgo probado de amenazas a los derechos garantizados a nivel del sistema internacional de los derechos humanos. Este análisis desde luego deja al margen por ahora, la consideración sobre la validez del artículo 5.c de la Ley 28736, respecto de otros supuestos. Esta situación será abordada más adelante.

c. *La relación entre el régimen general de la Ley N° 28736 y la garantía primaria*

*específica para el caso de los PIACI de la RTKNN (Decreto Supremo N° 028-2003-AG): el Informe del profesor Samuel Abad*

54. La distinción que planteamos previamente entre los *derechos* y sus *garantías* nos debe permitir ahora responder a la cuestión central de este Informe: ¿existe un nuevo régimen jurídico interno de protección menos exigente de los derechos de los PIACI, aplicable para todas las reservas sin excepción? ¿o se trata, más bien, de un sistema diferenciado de garantías estatales que responde a distintas situaciones de contexto y a la naturaleza de cada una de las reservas? ¿debemos asumir el problema como un problema de antinomia al interior del sistema jurídico interno del Estado peruano o, debemos más bien, relacionar los derechos con sus respectivas garantías?

En el presente acápite responderemos a estas cuestiones, haciendo referencia también al Informe elaborado por el profesor Samuel Abad a solicitud de *New Venture Fund*, de fecha 20 de enero de 2020 (el Informe o el *Informe Abad*, en lo sucesivo).

55. Entre las dos de las tres cuestiones que aborda el *Informe Abad*, se recogen las siguientes, que son cruciales para el presente acápite:

- b. Considerando lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG, respecto a la intangibilidad, ¿cuál sería el sentido interpretativo constitucionalmente válido del artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736?
- c. ¿Por qué la regla de intangibilidad contenida en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG, constituye para el caso de la RTKN un supuesto de inaplicación del artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736?

56. El *Informe Abad* parte por sostener que los derechos de los PIACI están reconocidos en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Igualmente, en el punto 22 del Informe, citando los considerandos del Decreto Supremo—aunque sin aludir a las razones que llevaron a su adopción (que responden a la alta vulnerabilidad de sus derechos básicos)—, reconoce que las garantías que el Estado se vio en la obligación de otorgar a favor a los PIACI ubicados en la RTKNN, mediante el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, representan “**un mayor nivel de protección legal**” en la medida que establece: “[c]on mayor claridad, las medidas de control y limitaciones al desarrollo de actividades en dicha área, así como designar a las autoridades competentes para garantizar los derechos que asisten a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial localizados en dicha área”. Sin embargo, considera que dicho reconocimiento, al haberse establecido primero en una Resolución Ministerial (RM 0046-90-AG) y luego ratificada mediante Decreto Supremo (N° 028-2003-AG), “este extremo del Decreto Supremo (artículo 1), materialmente (sic) constituye un acto administrativo”.

57. En el punto 24 del Informe, citando en su integridad el artículo 3 del DS N° 028-2003-AG, se reitera que dicho “mayor grado de protección legal” crea, en efecto, un “régimen normativo especial de *integridad territorial*” a favor de los PIACI, aunque según se lee, dicho régimen se habría creado en el marco de una legislación hoy derogada, (DL N° 22175) que permitía determinar “un área territorial provisional” y que “no estuvo previsto en el DL N° 22175”.

El Informe continúa señalando más adelante que el reconocimiento de esta *integridad territorial* habría sido otorgado en forma “provisional” por una “norma con rango inferior a la ley” (párrafo 25); por lo que, posteriormente, y de acuerdo con la Ley 28736 y su reglamento, deberán ser adecuadas a “reserva indígena”, estandarizando su protección y “**también sus excepciones**”.

58. El relato así resumido apela a dos tipos de argumentos, como puede apreciarse: en primer lugar, el mayor grado de protección otorgado a los territorios de los PIACI, se encuentra en normas con rango inferior a la Ley (*i*); y, en segundo lugar, se trataría de garantías “provisionales” que deben adecuarse a la Ley y su Reglamento (*ii*). Para sostener este segundo argumento, el *Informe Abad* copia el rótulo o título de la sección del informe de la CIDH del año 2010, pero, además, incurre en un evidente error conceptual al hacer esta operación. El rótulo de la sección claramente quiere llamar la atención sobre la necesidad de garantizar el derecho de los PIACI, incluso en aquellos supuestos donde los Estados no hubieran delimitado o titulado las tierras de las comunidades en aislamiento. De ahí que el término *provisional*, quiere expresar la urgencia de tutela “cautelar”; es decir, una medida necesaria mientras los Estados establecen mecanismos efectivos de garantía de los derechos de los PIACI.
59. El párrafo 103 del referido informe de la CIDH establece, en efecto, lo siguiente:

[L]as garantías de protección del derecho a la propiedad bajo los instrumentos interamericanos de derechos humanos pueden ser invocadas por los pueblos indígenas y tribales respecto de territorios que les pertenecen, **pero que aún no han sido titulados formalmente, demarcados o delimitados por el Estado**. Una de las principales implicaciones de esta regla es que **los Estados no pueden otorgar concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales que se encuentran en los territorios que no han sido delimitados, demarcados o titulados, sin consulta efectiva y sin el consentimiento informado del pueblo**. En consecuencia, **los Estados violan el artículo XXIII de la Declaración Americana y el artículo 21 de la Convención Americana**, a menos que se abstengan de “otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros, para utilizar los bienes y recursos que podrían quedar comprendidos por las tierras que deben demarcar, delimitar y titular o aclarar y proteger por otra vía, en ausencia de consultas efectivas y del consentimiento informado del pueblo”. Siguiendo esta línea, la CIDH ha establecido que **mientras que las tierras indígenas o tribales no hayan sido demarcadas, delimitadas y tituladas, los Estados deben abstenerse de “todo acto que pueda dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros actuando con aquiescencia o tolerancia de éste, afecte la existencia, el valor, el**

**uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica ocupada y usada por el pueblo [indígena]” (énfasis añadido)**<sup>23</sup>.

El correlato de esto es que, conforme a la jurisprudencia de la CorteIDH que ha sido resumida en el mismo Informe del año 2010 por la CIDH (párrafo 95), “[I]a **falta de demarcación de las tierras ancestrales de comunidades indígenas constituye, en consecuencia, una violación de los artículos 21, 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**”<sup>24</sup>.

60. A partir de esta consideración de la CIDH, que no hace sino resumir el sistema de garantías de protección de los PIACI, desarrollados por los órganos del Sistema Interamericano (CorteIDH y CIDH), puede establecerse que la intangibilidad absoluta o *integridad territorial*, cuenta también con respaldo directo en las fuentes del DIDH, y no está solo recogido en un “frágil” Decreto Supremo, como parece sugerir el *Informe Abad*. De este modo, el párrafo 103 del Informe CIDH del 2013, transcrito en su integridad y leído adecuadamente, contradice también el argumento (i) de esta parte del *Informe Abad*. Es decir, las garantías de protección a favor de los PIACI no están contenidas solo en normas de “rango inferior a la ley”, como se lee en el *Informe Abad*, sino que también a nivel de *garantías* el Sistema Interamericano tiene previsiones bastante claras y específicas e incluso preventivas con cautelas, tal como se lee en el párrafo citado.
61. La segunda cuestión que plantea el *Informe Abad* está directamente relacionada con lo anterior, en la medida que trata sobre la relación entre el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG, y el texto del artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736. El esquema de razonamiento del Informe en este punto es de tipo formal. Luego de presentar el problema como un caso de antinomia aparente o “presunta”, el Informe concluye, en forma categórica en el punto 35 —aplicando puntualmente los criterios jerárquico y cronológico— **que las garantías de integridad territorial o intangibilidad absoluta, al estar contenidas en un Decreto Supremo anterior, tienen menor valor jerárquico y, en consecuencia, resultan inválidas frente a la Ley que sería jerárquicamente superior y posterior.**
62. Veamos a continuación si, en efecto, incluso asumiendo tal el planteamiento en realidad estamos, en el presente caso, frente a una antinomia desde una perspectiva conceptual. Como se recuerda, el régimen contenido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG establece, para el caso puntual de los PIACI de la RTKNN, un régimen de intangibilidad absoluta o de integridad territorial, mientras que el artículo 5.c de la Ley 28736, prevé excepcionalmente, que “[e]n caso de

---

<sup>23</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, OEA, 2010, párrafo 103. Se han omitido las citas de pie de página.

<sup>24</sup> La cita de pie de página en el Informe de la Comisión de 2010 (p. 45), en la fuente originaria conduce a: CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 109 (pie de página 175).

**ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley”.**

63. En el *Informe Abad*, para establecer la existencia de una antinomia aparente, se asume una interpretación que pretende generalizar la excepción contenida en la Ley. Es decir, se asume que, luego de la promulgación de la Ley no será posible establecer una reserva con *integridad territorial* bajo ninguna circunstancia. Esta es, desde nuestro punto de vista, una interpretación contraria al Sistema Interamericano de protección de los derechos de los PIACI, como ya hemos tenido ocasión de establecer en este Informe.
64. Ahora nos detenemos a establecer si acaso, asumiendo la hipótesis que plantea el *Informe Abad*, estamos en realidad ante una antinomia y de qué tipo sería esta. Empecemos por el concepto de *antinomia*. Existe antinomia cuando para un mismo supuesto de hecho, el sistema jurídico prevé más de una consecuencia jurídica diferente una de otra. Como precisa Guastini, “[e]n virtud de una primera norma N1, el supuesto de hecho H tiene una consecuencia J; en virtud de una segunda N2, el mismo supuesto de hecho H tiene la consecuencia no-J”<sup>25</sup>. Siguiendo a Guastini, entre las varias clasificaciones de antinomias, estas pueden darse en abstracto o en concreto. Las primeras ocurren *conceptualmente* en el momento en que se interpreta en *abstracto* cuál sería el supuesto de hecho al que se aplicaría la consecuencia prevista en la norma. Las segundas, en cambio, ocurren frente a casos en concreto, es decir: “en fase de aplicación nos encontramos con dos normas que conectan consecuencias incompatibles a un mismo supuesto de hecho *concreto*”<sup>26</sup>.
65. En el caso que nos ocupa, la pretendida antinomia normativa sería una de tipo *abstracto* a juzgar por la forma como ha sido presentada en el *Informe Abad*, aunque de la cita de Guastini del año 1999, observamos que conceptualmente sería más bien una antinomia *en concreto*, es decir, la situación de conflicto se presentaría en el caso concreto. En efecto, la conclusión a la que arriba el *Informe Abad* es que, en el presente caso, debe primar la Ley 28736 “**por tratarse de una norma superior que regula íntegramente los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial**”.
66. Como se aprecia a continuación, la primera parte del artículo 5 de la Ley, que resulta compatible con el contenido del DS N° 028-2003-AG, establece también como régimen general un sistema de intangibilidad estricta y solo, excepcionalmente, abre una posibilidad de intervención, que deberá ser evaluada en cada caso por las instancias competentes.

Art. 3 del DS N° 028-2003-AG

Art. 5, literal c) de la Ley N° 28736

<sup>25</sup> Guastini, Riccardo, *Filosofía del Derecho positivo*, Lima Palestra, 2018, p. 131.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 132.

Régimen concreto, para el caso de los PIACI de la RTKNN	Régimen general
<p>“(…) queda prohibido el desarrollo de actividades económicas. Asimismo, queda prohibido el otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales”.</p>	<p>“No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habiten y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los PIACI, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. <b>En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley</b>”.</p>

67. Es posible sostener en este punto que la Ley que pretende estandarizar un régimen único de protección para los PIACI, no puede uniformizar —y no tendría además por qué hacerlo— un mismo tratamiento para todas las reservas existentes incluidas sus excepciones. En efecto, la Ley establece un régimen general que no es, en abstracto, incompatible con otros regímenes específicos de protección que puedan establecerse, atendiendo a la naturaleza de cada reserva y a los niveles de vulnerabilidad en que se encuentran las comunidades a favor de las cuales se han establecido dichas reservas.
68. De este modo, el contenido del Decreto Supremo N° 028-2003-AG puede ser interpretado en el marco de la actual Ley, atendiendo a su especial naturaleza de reserva que incluye, justificada y amparada en el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, una cláusula de integridad territorial convencionalmente exigida en este caso. De ello se desprende que no existe ningún tipo de antinomia en el presente caso, en la medida que en el marco de la Ley pueden ser establecidas reservas con integridad territorial y otras que, cuando pueda acreditarse la ausencia de riesgos para alguna comunidad, y siempre que se respeten en forma estricta los estándares del Sistema Interamericano, pudieran admitirse la excepción contemplada en la Ley.
69. Este, sin embargo, no es el caso de los PIACI de la RTKNN. Aquí, el propio Estado peruano, a través de sus procedimientos e instancias competentes, ha acreditado no solo la vulnerabilidad en que se encuentran estos pueblos, sino que se ha visto obligado a otorgar esta garantía de protección urgente y que viene exigida por el propio Sistema Interamericano. En este punto, el *Informe Abad* incurre en un serio error de fondo, al construir una antinomia en una parcela del sistema de fuentes, omitiendo la parte más importante de las fuentes, esto es, las fuentes del sistema

internacional de los derechos humanos.

70. La constatación de antinomias ayuda a construir la coherencia de un sistema jurídico. El “sistema” de fuentes para el caso de los PIACI está fundamentalmente integrado por fuentes del sistema convencional. En este contexto, la coherencia que realmente importa es la coherencia con el sistema de fuentes convencional. Es decir, lo que hay que establecer es, en todo caso, si la protección dispuesta por el Decreto Supremo del año 2003 guarda relación o es coherente con las exigencias del sistema de fuentes de los derechos humanos de los PIACI.
71. La garantía específica establecida a favor de los PIACI de la RTKNN guarda coherencia, por ejemplo, con este tipo de preocupaciones que se recogen en el Informe de la CIDH del año 2013 en donde se señala la preocupación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) que envió una carta al gobierno de Perú con fecha 1 de marzo de 2013 en la cual expresa su preocupación por los planes de expandir las actividades en el Lote 88 y el impacto que estas podrían tener sobre los pueblos indígenas en aislamiento dentro de la RTKNN. Ahí se señala que “[e]l CERD solicitó al Estado de Perú ‘la suspensión inmediata de las actividades de extracción previstas en la Reserva que puedan amenazar la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas e impedir el goce del completo bienestar de sus derechos económicos, sociales y culturales’”<sup>27</sup>.
72. Puede concluirse, por lo tanto, que en la medida que la *integridad territorial* o intangibilidad absoluta que se establece a favor de los PIACI de la RTKNN forma parte de las garantías exigidas por el sistema internacional de protección de los derechos humanos de los PIACI, —y, además, que ya fueron establecidas con antelación a la Ley—, dicho régimen no solo no entra en contradicción con la Ley, sino que concreta las exigencias del régimen general que la propia Ley reconoce. Su fuente directa no es interna, como ya hemos dejado establecido y, por tanto, la construcción de una antinomia que se realiza sin tomar en cuenta la integridad de las fuentes del sistema de protección de los PIACI constituye una construcción defectuosa e incorrecta.

Dicho esto, aún no hemos analizado la real posibilidad de aplicación, también para otros supuestos distintos, del régimen de excepción de la ley 28736. Esta es una cuestión que abordaremos al final de este informe. Por ahora es suficiente dejar establecido que dicho régimen excepcional no se aplica a los PIACI de la RTKNN.

***d. Adecuación de la “reserva territorial” a “reserva indígena” y aplicación de la Ley 28736 para garantizar a los PIACI de la RTKNN***

73. Hasta aquí hemos presentado argumentos que permiten establecer la compatibilidad

---

<sup>27</sup> Informe CIDH, 2013, párrafo 105, p. 58.

de los contenidos normativos dispuestos en la Ley N° 28736 y su Reglamento, y en el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, en la medida que la Ley establece un régimen general mientras que el Decreto reconoce una reserva territorial como garantía para los derechos de un grupo definido de PIACI. Debemos precisar en este punto que, también en la actualidad, en el marco de la Ley vigente el reconocimiento de una reserva indígena, según se desprende del artículo 3.b de la Ley, se realiza mediante Decreto Supremo<sup>28</sup>. No obstante ello, una cuestión que finalmente queda por abordar es: **¿cuál es estatus jurídico actual de la reserva creada mediante el Decreto Supremo N° 028-2003-AG?**

74. Sobre el particular, debe recordarse que el Decreto Supremo N° 028-2003-AG no ha sido derogado hasta la fecha de manera expresa y tampoco podría haber ocurrido en forma tácita. Como se ha sostenido a lo largo de este informe, el Decreto solo concreta, en sede interna, una garantía específica que proviene del Sistema Interamericano de protección de los derechos de los PIACI. En consecuencia, mantiene plena vigencia mientras concluya el debido proceso de adecuación que debe respetar los estándares internacionales y, desde luego, el marco legal interno, siempre que este último, resulte compatible con el estándar internacional. En este sentido, debe precisarse que tanto el Reglamento de la Ley en su versión original (DS 008-2007-MIMDES), como su modificatoria del año 2016 (DS 008-2016-MC), han mantenido el mismo contenido sobre un régimen de transitoriedad, según el cual:

**Primera.- Reservas Indígenas Existentes.-** En un plazo máximo de seis meses de la entrada en vigencia del presente Reglamento, el MC a través del VMI, propondrá la adecuación de las siguientes reservas territoriales existentes:

a) La Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, creada por Decreto Supremo N° 028-2003-AG<sup>29</sup>.

75. Por otro lado, pese a que dicha disposición también estuvo en el Reglamento del año 2007 y se ha reiterado en la modificatoria del año 2016, el proceso de “adecuación” no ha iniciado aún. Resulta claro que, dada la naturaleza especial del régimen que se recoge en el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, **tal condición no puede alterarse, y menos puede aplicarse a los PIACI de la RTKNN el régimen**

---

<sup>28</sup> Cfr. Art. 3 de la Ley 28736: “b) Las reservas indígenas adquieren tal categoría por decreto supremo sustentado en un estudio adicional al detallado en el literal a) de este artículo, el mismo que para su validez debe señalar plazo de duración renovable las veces que sea necesario, los pueblos indígenas beneficiados y las obligaciones y prerrogativas de las comunidades nativas o pueblos indígenas colindantes. Este estudio es realizado por una Comisión Multisectorial, es dirigido por el INDEPA y cuenta con la opinión del gobierno regional en cuya circunscripción se encuentre la reserva indígena. Dicho informe debe contener un análisis ambiental, jurídico y antropológico y articular las opiniones técnicas y las estrategias de intervención de los sectores: Salud, Mujer y Desarrollo Social, Agricultura, Energía y Minas, Defensa, Interior y, de ser el caso, Relaciones Exteriores”.

<sup>29</sup> Primera Disposición Complementaria y transitoria del DS. 008-2016-MC.

**de intervención excepcional previsto en el artículo 5.c de la Ley 28736.**

En este punto resulta pertinente poner de relieve que, la propia Ley N° 28736 establece en su Segunda Disposición Final tal régimen de inalterabilidad del estatus.

**SEGUNDA.- Situación de las Reservas Indígenas.-** Dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario posteriores a la promulgación de la presente Ley, la Presidencia del Consejo de Ministros adecuará, mediante decreto supremo y aplicando los mecanismos detallados en el artículo 3, las reservas indígenas existentes **considerando la situación actual de las mismas.** (*énfasis añadido*)

76. Como se puede apreciar, también el parámetro interno para el proceso de adecuación, que en este caso no está en el Reglamento sino en la propia Ley, reconoce la inalterabilidad del estatus de reserva que prevé la *integridad territorial* entendida como intangibilidad absoluta para los PIACI de la RTKNN. Este es un estándar que resulta compatible con el estándar interamericano, en la medida que contempla el **principio de no regresión** en materia de protección de los derechos de los PIACI.
77. En tal sentido, en el proceso de adecuación para el caso de los PIACI de la RTKNN, no resulta de aplicación el régimen de intervención excepcional previsto en el artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736, sino el régimen de inalterabilidad previsto en la Segunda Disposición final de la propia Ley. De este modo, podemos concluir en este punto, ratificando que en el presente caso tampoco estamos ante un supuesto de *antinomia en concreto*, esto es, en el proceso de adecuación de la reserva territorial de los PIACI a los que se refiere el DS. 028-2003-AG.
- e. Sobre la incompatibilidad de la excepción prevista en el artículo 5.c de la Ley 28736 con los estándares internacionales de protección de los derechos de los PIACI*
78. Una vez establecido que el régimen de excepción previsto en el artículo 5.c. de la Ley N° 28736 no puede aplicarse a la reserva establecida a favor de los PIACI de la RTKNN, vamos a referirnos en este último acápite a analizar si tal disposición excepcional resulta compatible con los estándares de protección a los PIACI y, en consecuencia, resulta válida jurídicamente.
79. Conforme a los estándares desarrollados *supra*, por lo menos existen dos supuestos claros en los que la aplicación de dicha excepción resultaría inválida: (*a*) si implica un retroceso en los derechos ya reconocidos por el Estado a los PIACI, esto es si altera **“la situación actual de las mismas”**, vulnerando con ello los principios de progresividad e irreversibilidad<sup>30</sup> previstos tanto a nivel del Sistema Interamericano como a nivel del propio régimen de adecuación previsto en la Ley; y (*b*) si la excepción ha sido declarada invocando razones de “necesidad pública” no obstante

---

<sup>30</sup> Ver: Cfr. Informe CIDH, 2013 citado *supra*.

haberse acreditado riesgos o amenazas ciertas y latentes para los derechos de los PIACI protegidos por estándares interamericanos. En ambos casos desde luego, el proceso de adecuación deberá hacerse en el marco de estándares del Sistema Interamericano, esto es, un debido procedimiento de adecuación debe incluir un debido proceso de consulta en los términos del convenio 169 y los estándares previstos en la jurisprudencia de la Corte IDH.

80. Cualquiera de los dos supuestos —e incluso ambos— implicaría una aplicación inválida de la norma en cuestión, y, por lo tanto, el Estado peruano incurriría en una violación del Sistema Interamericano. En lo que concierne al principio de no regresión o progresividad, la CIDH, interpretando el Protocolo de San Salvador ha establecido que:

En virtud de la obligación de progresividad establecida en el Protocolo de San Salvador, (...) en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que, sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. La precarización y empeoramiento de esos factores, sin debida justificación por parte del Estado, supone una regresión no autorizada por el Protocolo<sup>31</sup>.

81. El artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736 indica que, excepcionalmente, el Estado podrá otorgar nuevos derechos de aprovechamiento de recursos naturales que se encuentren dentro de los territorios de los PIACI, siempre y cuando “permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten sus derechos, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental”. Asimismo, se indica que dichos supuestos excepcionales deberán estar justificados en una situación de “necesidad pública”. En tal sentido, es posible afirmar que la propia Ley estipula tres requisitos:

<b>Requisito legal 1:</b>	Los métodos utilizados para el aprovechamiento de los recursos naturales no deben afectar los derechos de los PIACI.
<b>Requisito legal 2:</b>	El estudio de impacto ambiental debe permitir la actividad de aprovechamiento de recursos.
<b>Requisito legal 3:</b>	El otorgamiento de derechos para aprovechar los recursos naturales debe estar justificado en motivos de necesidad pública para el Estado.

82. Como se observa, los requisitos legales 1 y 2 podrían convertirse en garantías determinantes para la protección de los derechos, siempre que las autoridades competentes actúen conforme a los estándares desarrollados por el Sistema Interamericano de protección de los derechos de los PIACI. No obstante, si se tomaran en cuenta únicamente estos dos requisitos, el régimen de protección por el

<sup>31</sup> Ver: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/067.asp>

que habría optado el Estado con esta Ley, sería el mismo que se aplica para cualquier pueblo indígena u originario, sin distinguir si se tratan de pueblos en aislamiento o contacto inicial. La ausencia de mecanismos de protección especial, hacen de estos requisitos legales, un sistema que no logra cumplir el estándar exigido por el Sistema Interamericano.

83. En tal sentido, es posible concluir que los Requisitos Legales 1 y 2 no constituyen una garantía efectiva para la protección de los derechos de los PIACI en el marco del sistema internacional de protección de sus derechos. Con relación al Requisito Legal 3 que también se contempla en el régimen excepcional del artículo 5.c de la Ley N° 28736, el problema está relacionado con el margen de discrecionalidad que pone de nuevo en riesgo una efectiva protección. En efecto, la declaración de “necesidad pública para el Estado”, deja en manos de decisiones de agencias estatales, sin ninguna garantía de estricta legalidad, tan necesaria cuando se trata de proteger a poblaciones en situación de grave vulnerabilidad como es el caso de los PIACI.
  
84. Como fue visto en el apartado III, respecto al derecho al territorio y acceso a los recursos naturales de los PIACI, la CIDH ha señalado que en el caso de que los Estados opten por incluir excepciones al régimen de intangibilidad estricta de los territorios de los PIACI, debe abstenerse de incluir en su legislación referencias al “interés público” de manera general. Debe entenderse que, en el mismo sentido, deben excluirse términos como el de “necesidad pública”, por generar el mismo nivel de discrecionalidad a la hora de su aplicación.
  
85. Teniendo en cuenta ello, podría asumirse que la Ley N° 28736 vulnera uno de los estándares establecidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, abriendo, a través del término “necesidad pública”, la posibilidad para que los derechos de los PIACI se vean recortados al momento en que el Estado decida, en casos concretos, otorgar nuevos derechos de aprovechamiento de recursos naturales. Sin embargo, también en el Sistema Interamericano rige el principio de interpretación conforme. Es decir, las decisiones legislativas de los Estados miembros de la Convención solo deben ser declaradas inválidas o ilegítimas si no pueden ser interpretadas de conformidad con el tratado o los estándares desarrollados a partir del tratado.
  
86. Según Ferrer<sup>32</sup>, la también denominada “cláusula de interpretación conforme” es:  
  
Una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional (...). En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios

---

<sup>32</sup> Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, pp. 531 - 622.

y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.

- 87.** Así como en diferentes constituciones latinoamericanas, la cláusula de interpretación conforme también es reconocida en la Constitución peruana, que, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, señala que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. En el mismo sentido el Código Procesal Constitucional en el artículo V de su Título Preliminar también lo incorpora al ámbito de los procesos de protección de derechos fundamentales<sup>33</sup>.
- 88.** En tal sentido, corresponde interpretar el término “necesidad pública” incluido en el artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736 de conformidad con los estándares desarrollados a nivel interamericano para el caso de la protección de los derechos de los PIACI. Dado que el Estado ha apelado a dicha fórmula terminológica, pese a que la CIDH recomienda abstenerse de hacerlo, corresponde concretizar dicho término para evitar un retroceso en el reconocimiento de los derechos de los PIACI. Así, es necesario recordar —como se explicó en el apartado III— que, en el estándar sobre el derecho al territorio y acceso a los recursos naturales, la CIDH señala dos obligaciones adicionales para los casos de excepción al régimen de intangibilidad del territorio. De este modo, dichas excepciones deben:
- (i) estar establecidas de forma previa y clara en la legislación
  - (ii) estar encaminadas a brindar una mayor protección de los derechos de los PIACI; o, estar dirigidas a atender situaciones excepcionales de emergencia.
- 89.** En relación con el primer requisito, resulta pertinente hacer referencia al Reglamento de la Ley N° 28736, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, a fin de verificar si se ha incorporado en la legislación peruana alguna precisión que reduzca el grado de discrecionalidad de los funcionarios del Estado a la hora de declarar una situación de “necesidad pública”. Sin embargo, la única disposición que lo menciona es el artículo 35°, que ha merecido, por lo menos dos modificaciones respecto de su versión original<sup>34</sup>, lo que muestra también los niveles de disputa e intereses que pueden estar detrás de este tipo de declaración. Si vemos las variaciones entre cada una de las modificaciones sucesivas, se puede

---

<sup>33</sup> Cfr. Artículo V, del CPConst. ““El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

<sup>34</sup> Decreto Supremo N° 001-2012-MC, publicado el 03 abril 2012 y la última modificatoria producida mediante Decreto Supremo N° 008-2016-MC.

concluir que, en cada modificación, la garantía de los derechos de los PIACI se ha venido deteriorando:

DS. 008-2007-MINDES	DS. N° 001-2012-MC	DS. 008-2018-MC
<p><b>Artículo 35.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.-</b> Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración y explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente, solicitará a la DGPOA del MIMDES la opinión técnica con ocasión de la elaboración de los estudios ambientales requeridos conforme a Ley. La opinión técnica, será aprobada por Resolución Ministerial y deberá contener las</p>	<p><b>Artículo 35.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.-</b> Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley. La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que</p>	<p><b>Artículo 35.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.-</b> Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración y explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente, solicitará al VMI del MC la opinión técnica con ocasión de la elaboración de los estudios ambientales requeridos conforme a Ley. La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las</p>
<p>recomendaciones que correspondan. Corresponde a la DGPOA adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial.</p>	<p>correspondan. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial.”</p>	<p>recomendaciones que correspondan. Corresponde al VMI adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial.</p>

90. No obstante, ni en este artículo del Reglamento —y tampoco en ninguna parte de la Ley— se incluyen con precisión y objetividad los supuestos en los que el Estado se basará para determinar el otorgamiento de derechos para el aprovechamiento de recursos por *necesidad pública para el Estado*. Podría asumirse, en términos generales, que el procedimiento que incluye la intervención del Viceministerio de

Interculturalidad deberá en cada caso, acreditar que los derechos de los PIACI están siendo garantizados conforme a los estándares del sistema internacional de protección de los derechos. Sin embargo, esta no es en estricto una garantía objetiva que cumpla con el principio de estricta legalidad, asumida como ley cierta y previa para la garantía de los derechos. De ahí que, como se recordará, la preocupación de la CIDH en su informe de 2013 prevenía que:

“La posible aplicación de esta excepción de necesidad pública podría ser determinante en los esfuerzos por asegurar el respeto a los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en Perú, por lo que llama a los órganos competentes a velar por el estricto apego a sus derechos. (...)

En este contexto la Comisión Interamericana también llamó la atención del Estado peruano, sobre la “[ r]elevancia de garantizar que el órgano a cargo de esta importante función pueda realizarla de modo autónomo e independiente, y con estricto respeto a criterios técnicos, especializados y multidisciplinarios<sup>35</sup>.”

91. Todas estas advertencias muestran la preocupación de las instancias del Sistema Interamericano que aconsejan al Estado peruano, actuar con base en el principio precautorio respecto de los derechos de los PIACI y, al mismo tiempo, también respecto de las eventuales responsabilidades internacionales en las que pudiera incurrir con su proceder. De ahí que podemos concluir en este punto que, mientras el Estado peruano no desarrolle en forma objetiva y reconocible, los elementos que permitan establecer, cuándo un determinado proyecto de aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran al interior de una reserva territorial o indígena, resulta de “*necesidad pública para el estado*”, en los términos del artículo 5.c de la Ley 28736; los principios de precaución y estricta legalidad, aconsejan la no aplicación de dicha cláusula excepcional.

Actuar en sentido contrario, es decir, autorizando intervenciones en los territorios de los PIACI, sin contar con un marco de legalidad precisa, cierta y objetiva, significaría poner en riesgo los derechos básicos de los PIACI, contenidos en documentos internacionales que el Perú ha suscrito, conforme ha sido puesto en evidencia a lo largo del presente informe.

## V. CONCLUSIONES

**Primera.-** Los derechos de los PIACI están desarrollados por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y obligan a todas las autoridades del Estado peruano en su cumplimiento y garantía. Entre estos derechos, además de los derechos básicos como el derecho a la vida, la salud, su cultura y formas de organización, los Estados deben garantizar el territorio, así como la intangibilidad de las tierras de los PIACI. No se tratan de normas de carácter administrativo o incluso de orden legal, las que establecen estas obligaciones. Estamos ante normas de rango convencional que imponen estándares a todas las instancias normativas

---

<sup>35</sup> Informe de la CIDH, citado, 2013, párrafo 67, p. 33.

del Estado, incluido el legislador.

**Segunda.-** El régimen de protección que incluye la *integridad territorial* entendido en términos de *intangibilidad absoluta* a favor de los PIACI de la RTKNN declarado mediante Decreto Supremo N° 028-2003-AG, se encuentra actualmente vigente y, en términos materiales, supone una garantía adecuada y coherente con el sistema internacional de protección de los PIACI. Su vigencia y efectividad durante el proceso de adecuación de las RTKNN y también posteriormente, se encuentra garantizada no solo por estándares internacionales, sino por la propia Ley N° 28736 que ha dispuesto una cláusula de inalterabilidad del estatus de las reservas ya declaradas por el Estado.

**Tercera.-** En la misma línea de lo establecido en la conclusión anterior, no resulta aplicable a los PIACI de la RTKNN el régimen excepcional de intervención con fines de explotación que se recoge en el artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736. Dicho régimen, que incluye un marco demasiado amplio de discrecionalidad a favor del Estado, supone una amenaza latente para los derechos de los PIACI que viola el principio de estricta legalidad de las intervenciones en los territorios de los PIACI, así como el principio precautorio y de prevención, conforme a los estándares desarrollados por el Sistema Interamericano de protección de derechos.

**Cuarta.-** Conforme a la conclusión tercera, los funcionarios del Ministerio de Cultura, o cualquier otro funcionario del Estado peruano, no debieran arriesgar la responsabilidad del Estado peruano ante el Sistema Interamericano, que ha sido muy explícito en sus preocupaciones frente a este tema, aplicando dicha excepción contenida en el artículo 5.c de la Ley N° 28736, mientras no se defina, a nivel legislativo y con intervención del Parlamento Nacional, los términos precisos de lo que debe entenderse por "*Necesidad pública para el Estado*", en el proceso de autorización de cualquier intervención en los territorios de los PIACI con fines de aprovechamiento de recursos naturales.

**Quinta.-** El régimen de protección específica que contiene el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG no es incompatible el artículo 5, literal c) de la Ley N° 28736, porque tal régimen de excepción no alcanza a la reserva de los PIACI de la RTKNN. Los PIACI de la RTKNN mantienen en forma inalterable frente al Estado, una garantía de intangibilidad absoluta de sus territorios y sus recursos. Tal garantía ha sido otorgada por el propio Estado ateniendo a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran estos pueblos. Se trata, además, de garantías que el Estado peruano se ha visto obligado a otorgar en el marco de sus obligaciones con el Sistema Interamericano de protección de derechos.

Al margen de esta conclusión, en este informe también hemos desarrollado argumentos que permiten concluir que la excepción contenida en el artículo 5.c de la Ley N° 28736, tampoco resulta aplicable a cualquier otra reserva indígena,

mientras el Congreso de la República, mediante ley, no haya establecido con precisión y objetividad las condiciones y supuestos que permitan establecer, cuándo un proyecto de aprovechamiento de los recursos que se ubiquen al interior de una reserva indígena, cumplen con los requisitos para declarado un proyecto de *necesidad pública* para el Estado.

Lima, julio de 2020.