



# AMICUS CURIAE

## Tribunal Constitucional del Perú

Exp. n.o 01460-2015-AA

AMICUS CURIAE RELATIVO A LOS DERECHOS  
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO  
Y CONTACTO INICIAL (PIACI) DE LA RESERVA TERRITORIAL  
KUGAPAKORI NAHUA, NANTI Y OTROS (RTKNN)

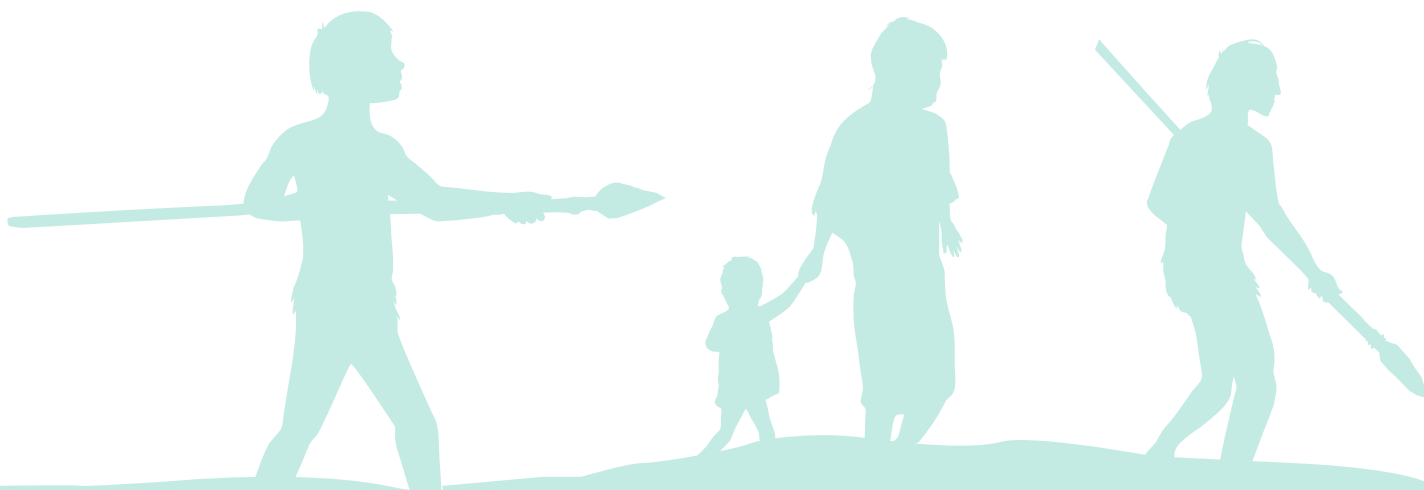
INSTITUCIONES QUE FIRMAN EL DOCUMENTO

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)  
Fundación para el Debido Proceso (DPLF)  
Clínica de Derechos Humanos (HRREC) de la Universidad de Ottawa

Lima, Ottawa y Washington DC  
14 de junio de 2019







# AMICUS CURIAE

## Tribunal Constitucional del Perú

Exp. n.o 01460-2015-AA

AMICUS CURIAE RELATIVO A LOS DERECHOS  
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO  
Y CONTACTO INICIAL (PIACI) DE LA RESERVA TERRITORIAL  
KUGAPAKORI NAHUA, NANTI Y OTROS (RTKNN)

INSTITUCIONES QUE FIRMAN EL DOCUMENTO

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)  
Fundación para el Debido Proceso (DPLF)  
Clínica de Derechos Humanos (HRREC) de la Universidad de Ottawa

Lima, Ottawa y Washington DC  
14 de junio de 2019



**AMICUS CURIAE RELATIVO A LOS DERECHOS  
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN  
DE AISLAMIENTO Y CONTACTO INICIAL (PIACI)  
DE LA RESERVA TERRITORIAL KUGAPAKORI  
NAHUA, NANTI Y OTROS (RTKNN)**

Autores:

Daniel Cerqueira  
Francisco Rivasplata Cabrera  
Jackeline Borjas Torres  
Salvador Herencia Carrasco

Revisión General:

Johana Mendoza Vargas

Editado por:

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)  
Jr. Huáscar N° 1415, Jesús María, Lima, Perú  
Teléfonos: (511) 340 3780 y (511) 340 3720  
dar@dar.org.pe  
www.dar.org.pe

Diseño y Diagramación:

Sonimágenes del Perú S.C.R.L.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional  
de Perú N°2019 -

Cita sugerida:

Está permitida la reproducción parcial o total  
de este libro, su tratamiento informático, su  
transmisión por cualquier forma o medio, sea  
electrónico, mecánico, por fotocopia u otros; con la  
necesaria indicación de la fuente cuando sea usado  
en publicaciones o difusión por cualquier medio.

Esta publicación es posible gracias al apoyo  
de Andes Amazon Fund (AAF). La publicación  
presenta la opinión de los autores y no  
necesariamente la visión de Andes Amazon Fund  
(AAF).

Hecho e impreso en Perú

# Índice

<b>1. Presentación de las organizaciones firmantes</b>	<b>4</b>
<b>2. Fundamento para ser considerado amicus curiae</b>	<b>6</b>
<b>3. Materia controvertida</b>	<b>6</b>
<b>4. Sobre los pueblos en aislamiento y contacto inicial de la RTKNN</b>	<b>7</b>
4.1 Antecedentes de la RTKNN	7
4.2 Sobre los sujetos colectivos	7
4.3 Sobre los derechos reconocidos a los PIACI de la RTKNN: derecho al territorio integral e intangible de los PIACI Nahua, Nanti y otros	9
4.4 Sobre las amenazas continuas e inminentes	12
4.4.1 Amenazas no determinadas en los PIACI de la RTKNN	12
a. Amenazas sociales	12
b. Amenazas a la salud	14
4.4.2 Sobre las amenazas determinadas	15
a. Lote 88 de hidrocarburos	15
b. Concesiones forestales colindantes	17
c. Proyecto de carretera	18
<b>5. Normas inconstitucionales e inconvencionales que afectan los derechos de los PIACI</b>	<b>19</b>
<b>6. Fundamentos de derecho</b>	<b>22</b>
6.1 Fuentes de los derechos PIACI	22
6.1.1 Derecho internacional	22
6.1.2 Derecho nacional	31
6.1.3 Sobre la exigibilidad del derecho internacional para el Estado peruano	31
6.2 Sobre existencia de afectación y el principio precautorio y de prevención en materia PIACI	32
<b>7. El deber de las autoridades peruanas con función jurisdiccional de ejercer el control de convencionalidad</b>	<b>38</b>
<b>8. Conclusiones y/o recomendaciones</b>	<b>41</b>



**Exp.** n.o. 01460-2015-AA

**Sumilla:** Ofrecimiento de *amicus curiae* de DAR, DPLF y Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa en los seguidos en el amparo de IDLADS contra Minem y Pluspetrol, para garantizar los derechos a un ambiente sano y equilibrado, identidad étnica y cultural, territorio y otros.

## SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De manera respetuosa e independiente presentamos a usted este *amicus curiae*, con la finalidad de alcanzarle un informe especializado sobre la materia objeto del expediente n.o 01460-2015-AA y así aportar, de manera imparcial, en los argumentos jurídicos para contribuir con la decisión de la honorable Primera Sala del Tribunal, en tanto se comprometen cuestiones de interés general.

# 1. Presentación de las organizaciones firmantes

## Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)

DAR es una asociación civil sin fines de lucro que, desde sus inicios, en el año 2004, ha realizado acciones para contribuir con el desarrollo del país, a partir del manejo y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales y la gestión del medio ambiente en la Amazonía. En ese sentido, está comprometida en construir y fortalecer la gobernanza ambiental y promover el ejercicio de los derechos humanos. Cuenta con RUC 20508802651, debidamente representada por su director ejecutivo, César Leonidas Gamboa Balbín, identificado con DNI 07526056, con poderes inscritos en el asiento n.o A00009 de la Partida Registral n.o 11649248 del Registro de Asociaciones de la Oficina Registral de Lima, con domicilio legal en jr. Huáscar n.o 1415, Jesús María, Lima.

Página web: <https://www.dar.org.pe/>.

### Información de contacto:

Francisco Rivasplata Cabrera  
Coordinador del Programa Derechos y Amazonía  
Correo electrónico: [frivasplata@dar.org.pe](mailto:frivasplata@dar.org.pe)

Jackeline Borjas Torres  
Especialista del Programa Derechos y Amazonía  
Correo electrónico: [jborjas@dar.org.pe](mailto:jborjas@dar.org.pe)

## Due Process of Law Foundation (DPLF)/Fundación para el Debido Proceso

DPLF es una organización no gubernamental con sede en Washington DC, dedicada a promover el Estado de derecho y los derechos humanos en América Latina mediante la investigación aplicada, las alianzas estratégicas con actores de la región y actividades de cabildeo. La finalidad



de nuestro trabajo es lograr un pleno respeto del Estado de derecho y de los derechos humanos, bajo el marco de referencia de las normas y los estándares internacionales. Página web: <http://dplf.org/>.

**Información de contacto:**

Daniel Cerqueira  
Oficial de Programa Sénior  
Correo electrónico: [dcerqueira@dplf.org](mailto:dcerqueira@dplf.org)

**Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa**

La Clínica de Derechos Humanos es una iniciativa del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa que, mediante una aproximación interdisciplinaria, procura: (i) fortalecer la protección de los derechos humanos a través de la investigación, capacitación y asistencia técnica respecto a la implementación de los estándares de derechos humanos; (ii) fomentar el desarrollo de capacidades y prestar recomendaciones para que las políticas públicas tengan un enfoque de derechos humanos, y (iii) promover el estudio sobre los derechos humanos en Canadá y las Américas.

Página web: <https://cdp-hrc.uottawa.ca/>.

**Información de contacto:**

Salvador Herencia Carrasco  
Director- Clínica de Derechos Humanos-  
Human Rights Research and Education Centre (HRREC), Universidad de Ottawa  
Correo electrónico: [shere045@uottawa.ca](mailto:shere045@uottawa.ca)



## 2. Fundamento para ser considerado *amicus curiae*

En nuestra condición de organizaciones comprometidas con la promoción del Estado de derecho y la defensa de los derechos humanos, consideramos que el caso de la sumilla permitirá al honorable Tribunal avanzar en estándares de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, y en este caso específico, el de los pueblos en aislamiento y contacto inicial del Perú. El objetivo del *amicus curiae* es aportar elementos fácticos y jurídicos relacionados con: (1) la actual situación crítica de los sujetos de derecho, (2) el fundamento de la protección de la intangibilidad del territorio de los PIACI, y (3) el deber de las autoridades peruanas con función jurisdiccional de ejercer el control de convencionalidad, a partir de ambas cuestiones.

Es importante señalar que la intervención del *amicus curiae* es un derecho constitucional<sup>1</sup> que se sostiene en los siguientes artículos de la Constitución Política del Perú: 20.2 (petición ciudadana individual o colectiva en la toma de decisiones de interés público o general), 139.3 (observancia del debido proceso) y 44 (garantía de la plena vigencia de los derechos humanos). Este, además, ha sido legitimado por el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

## 3. Materia controvertida

En el presente caso se debe determinar la aplicación del artículo 5.c de la Ley n.o 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento Voluntario y en Situación de Contacto Inicial, y el artículo 35 del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, aprobado por el Decreto Supremo n.o 008-2007-Mimdes. Estos artículos desconocen la intangibilidad de la RTKNN, con lo que se anula la protección al derecho a un ambiente sano y equilibrado; la integridad biológica y cultural; la vida, la salud, la integridad cultural, la dignidad, el derecho al territorio, a la propiedad, y a la posesión ancestral de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial que habitan esta reserva.

1 Tribunal Constitucional (2007). Sentencia del 9 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente n.o 3081-2007-PA/TC, fj. 8.





## 4. Sobre los pueblos en aislamiento y contacto inicial de la RTKNN

### 4.1 Antecedentes de la RTKNN

El 14 de febrero de 1990, mediante Resolución Ministerial n.o 00046-90-AG/DGRAAR, se creó la RTKNN, bajo la denominación de «Reserva del Estado a favor de los grupos étnicos Kugapakori y Nahua», con el reconocimiento de cuatrocientas cuarenta y tres mil ochocientos ochenta y siete hectáreas (443 887 ha) ubicadas en los distritos de Echarate y Sepahua, provincias de La Convención y Atalaya, departamento de Cusco y Ucayali, respectivamente. El objetivo de su creación fue preservar el derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan de modo tradicional para el aprovechamiento de los recursos naturales existentes en esa área.

Posteriormente, el 26 de julio de 2003, mediante Decreto Supremo n.o 028-2003-AG, se elevó su nivel de protección de la RTKNN bajo la denominación de «Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros», con el reconocimiento de cuatrocientas cincuenta y seis mil seiscientos setenta y dos y 73/100 hectáreas (456 672,73 ha). El objetivo de elevar la protección reitera la preservación de los derechos de estos pueblos sobre las tierras que ocupan de modo tradicional, pero, además, agrega el reconocimiento del derecho al aprovechamiento de los recursos naturales existentes en esa área, con fines de subsistencia.

En la actualidad, esta reserva está inmersa en un proceso de categorización que actualizará su naturaleza jurídica de «reserva territorial» a «reserva indígena», según la Segunda Disposición Final de la Ley n.o 28736 y la Primera Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento de la misma ley, según Decreto Supremo n.o 008-2016-MC, con lo que se registrará bajo el artículo 5.c de la Ley n.o 28736 y el artículo 35 de su reglamento.

### 4.2 Sobre los sujetos colectivos

Al interior de la RTKNN habitan pueblos en diferentes grados de contacto: pueblos indígenas en situación de aislamiento y pueblos en situación de contacto inicial. Con respecto a los pueblos en situación de aislamiento, se identificaron los siguientes<sup>2</sup>:

- Aislados pertenecientes al pueblo Machiguenga, del subgrupo Nanti, que se desplazan por el Alto Timpia y el Alto Camisea.
- Aislados pertenecientes al pueblo Machiguenga, del subgrupo Kirineri, que se desplazan por el Alto Paquiría y el Alto Serjali.
- Aislados cuya pertenencia étnica no ha sido identificada, que se desplazan por los límites de la RTKNN con el Parque Nacional del Manu, Parque Nacional Alto Purús y el Santuario Nacional Megantoni.

Se ubicaron 23 asentamientos indígenas aislados en estas zonas, por lo que es posible que no se identificaran todos los asentamientos existentes<sup>3</sup>. Con respecto a los pueblos indígenas en

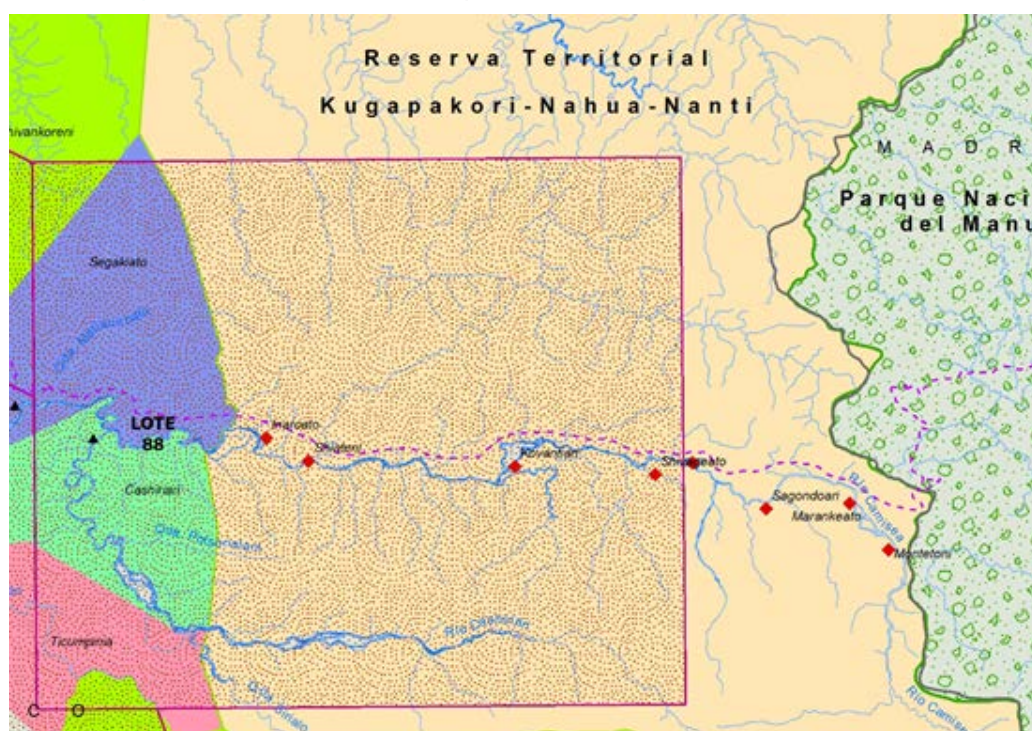
2 «Plan de protección para los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI) de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN) 2016-2020» aprobado mediante Resolución Ministerial n.o 341-2015-MC, pp. 37-39.

3 Ídem, p. 43.

contacto inicial, se identificaron dos pueblos<sup>4</sup>:

1. El pueblo Nahua asentado en Santa Rosa de Serjali, en la cuenca Mishagua.
2. El pueblo Machiguenga de dos subgrupos: Nanti, en Camisea, Cashiriari y Timpia, y Kirineri, en el Alto Paquiría.

**Mapa 1. Asentamientos de los pueblos en contacto inicial de la RTKNN**



Fuente: Instituto del Bien Común. Mapa «Reserva territorial Kugapakori, Nahua, Nanti. Incluye comunidades nativas y lotes de hidrocarburos», 2013.

Estos pueblos basan su subsistencia y alimentación en los recursos naturales, como plantas, frutos y animales del interior de la RTKNN. Sus actividades de subsistencia consisten en la caza, la pesca, la recolección de alimentos y la horticultura. En el caso específico de los Nanti en aislamiento, ellos aprovechan diferentes recursos de caza con arco y flecha, como aves, reptiles, monos, entre otros. Utilizan diferentes especies vegetales para aprovechar sus frutos, hojas, resinas, cortezas, fibras y madera con fines medicinales, ceremoniales, herramientas, vestimentas y otros. También recolectan material arcilloso para producir recipientes de cerámica para consumo y preparación de alimentos<sup>5</sup>.

En cuanto a los pueblos Nahua y Machiguenga en contacto inicial, ambos comparten patrones de uso de recursos, de los cuales dependen para su subsistencia. Es importante precisar que estos pueblos, a diferencia de los pueblos en aislamiento, han iniciado un proceso de interrelación con terceros fuera de su entorno<sup>6</sup>.

Estos pueblos, en la actualidad, se encuentran en una situación crítica de salud, tal como se detallará en el apartado 4.4., sobre amenazas a las que ahora se encuentran expuestos.

4 Ídem, pp. 37-39.

5 Ídem, p. 46.

6 Ídem, p. 53.



### 4.3 Sobre los derechos reconocidos a los PIACI de la RTKNN: derecho al territorio integral e intangible de los PIACI Nahua, Nanti y otros

Para un pueblo indígena, el territorio es el espacio geográfico que han ocupado de manera ancestral y sobre el que han desarrollado su forma de vida, por lo que se configura como un elemento base de su cultura. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en la sentencia del caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua de 2001, estableció que «los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios»<sup>7</sup>. También destacó que «la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras»<sup>8</sup>.

Esta relación estrecha de un pueblo indígena con su territorio se ve reforzada en el caso de los PIACI de la RTKNN. En cuanto a los Nahuas, el vínculo estrecho con su territorio se refuerza por las actividades tradicionales que realizan, como el cultivo de una planta, la construcción de una casa o la creación de una chacra<sup>9</sup>. Este vínculo, además, perdura hasta después de la muerte. Por ejemplo, el vínculo entre la persona nahua y sus árboles perdura de la misma forma en la que perdura su conexión con la chacra o la casa que construyó<sup>10</sup>.

Esta conexión entre los nahuas y el entorno, el territorio y los recursos naturales se manifiesta también a través de la importancia que tienen las zonas de las cabeceras de los ríos, ya que «fue en esas zonas donde enterraron a sus parientes durante las epidemias de la década de 1980. Los nahuas afirman que el alma o yoshi de la persona que ha muerto se separa del cuerpo e intenta mantenerse en contacto con sus parientes, estando el yoshi de la persona vinculada con las pertenencias materiales, casas y chacras, así como lugares que le pertenecieron» (Shinai, 2004)<sup>11</sup>.

De acuerdo con el informe del Ministerio de Salud de 2017<sup>12</sup>, los nahua consideran que su territorio, es decir, los lugares que ocupan o donde se desplazan, es la cuenca del río Mishagua, desde la quebrada Dos Cabezas, y toda la cuenca del río Serjali, que colinda con los pueblos Machiguenga/Nanti, que ocupan el lado oeste del río Paquiría<sup>13</sup>. Asimismo, consideran que, en la cuenca del río Manu, su territorio se extiende hasta el río Taraya, en la margen derecha del río Manu, aguas arriba de la comunidad Machiguenga de Tayakome<sup>14</sup>. En consecuencia, uno de las definiciones para el territorio es «aquella zona en la cual no deben entrar foráneos y de la cual dichos foráneos no pueden sacar recursos sin el permiso de la comunidad»<sup>15</sup>.

Con respecto a los nanti, las familias de Montetoni, Malanksiari y Sagonduari usan los recursos naturales a través de actividades tradicionales, como la caza, la pesca y la recolección de alimentos, así como la manufactura<sup>16</sup>. Estas actividades se realizan de manera cotidiana en ambos lados del río Camisea, en las inmediaciones de sus asentamientos. Además, se llevan a cabo excursiones

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C n.o 79, párr. 149.

8 Ibidem.

9 Chinai (2004). «Aquí vivimos bien. Territorio y uso de recursos de los pueblos indígenas de la Reserva Kugapakori Nahua». Lima: Shinai. Citado en Ministerio de Cultura. Ficha Pueblo Nahua en Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. Recuperado de <http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/nahua>

10 Ibidem.

11 Ibidem.

12 Ministerio de Salud (2017). «Análisis de la situación de salud del pueblo Nahua de Santa Rosa de Serjali en la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros».

13 Idem, p. 26.

14 Ibidem.

15 Ibidem.

16 Ministerio de Salud (2014). «Análisis de situación de salud del pueblo Nanti del Alto Camisea». Lima: CAFSOL de Florentina Guerrero Jaimes, p. 45.



regulares a lugares más distantes, donde se ubique un determinado recurso o donde la pesca y la caza sean más abundantes<sup>17</sup>.

De las zonas de uso del territorio de este pueblo se pueden distinguir tres<sup>18</sup>:

1. Una zona próxima, de uso más intensivo de los recursos naturales, para realizar actividades tradicionales, como caza y pesca.
2. Una zona lejana en la que también se usan recursos naturales, pero en menor medida, por las distancias de viajes que duran, como mínimo, un día entero y en la mayoría de casos, de dos a tres días.
3. Una zona especial para uso estacional o más esporádico, por su distancia, para cazar o pescar especies que abundan en esas zonas y durante épocas específicas.

Por ello, la protección del territorio de estos pueblos, en específico la estrecha relación que los indígenas mantienen con el territorio, «debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica»<sup>19</sup>.

Esta protección del territorio abarca también la protección de los recursos naturales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos<sup>20</sup>, pues acceder es fundamental para garantizar la subsistencia física y cultural de los pueblos. Esto toma mayor relevancia para el caso de los PIACI de la RTKNN, quienes, como se ha descrito, dependen de esos recursos, no solo por la subsistencia física y económica, sino también cultural, por el significado espiritual que representan algunos recursos. Al respecto, la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencia sobre la importancia del acceso a estos recursos para la subsistencia de los pueblos, en particular en el caso del pueblo Saramaka versus Surinam:

90. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos [...].

120. Sobre este particular, la Corte ha sostenido previamente que **la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí.** (Resaltado propio).

El artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales (supra párrs. 85-96).

121. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaya, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo [...].

17 Ibidem.

18 Ibidem.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C n.o 79, párr. 149.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Serie C N° 245, párr. 145.



22. Como se mencionó anteriormente (supra párrs. 85-96), «debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste [...]»<sup>21</sup>.

En consecuencia, es deber de los Estados respetar y reconocer que «los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida»<sup>22</sup>. Al afectarse este derecho, se afectaría la supervivencia misma del pueblo y de sus miembros<sup>23</sup>.

Es en ese entendido que el Estado peruano, a través de la Resolución Ministerial n.º 00046-90-AG/DGRAAR del Ministerio de Agricultura, creó la RTKNN. El propósito era preservar el derecho de estos pueblos sobre las tierras que ocupan de modo tradicional, para el aprovechamiento de los recursos naturales existentes en esa área<sup>24</sup>. Posteriormente, en el año 2003, el mismo ministerio elevó el nivel de protección legal a través de la emisión del Decreto Supremo n.º 028-2003-AG, que preserva sus derechos sobre el territorio y reconoce como derecho el aprovechamiento con fines de subsistencia de los recursos naturales existentes en esa área. A través de ese decreto también se establece, con mayor claridad, las medidas de control y limitaciones para el desarrollo de actividades en esa área.

De conformidad con el artículo 3 del referido decreto, se reconocen derechos previos esenciales para la protección de la vida y la integridad de estos pueblos. Estos son<sup>25</sup>:

1. Integridad territorial, ecológica y económica del territorio.
2. Intangibilidad territorial, expresada en tres prohibiciones:
  - a. Prohibición de establecimiento de asentamientos humanos diferentes a los de los grupos étnicos.
  - b. Prohibición del desarrollo de actividades económicas.
  - c. **Prohibición del otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de recursos naturales** (resaltado propio).

Con respecto a este último derecho, la norma delimita una concepción de la intangibilidad territorial como prohibición de actividades económicas (las que incluyen actividades extractivas) y asentamientos de agentes externos. En consecuencia, prohíbe el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de recursos, es decir, la intrusión de agentes externos para realizar actividades económicas, pero sí permite el ingreso de terceros para fines asistenciales de salud, investigación y otros que garanticen la no afectación de estos pueblos, previo conocimiento de las organizaciones indígenas de la zona<sup>26</sup>.

21 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 172, párr. 90; 120 - 122

22 Corte IDH. Caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, párr. 146.

23 Idem, párr. 147. Ello se refuerza en el caso del pueblo Saramaka versus Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n.º 172, párr. 120.

24 Ministerio de Agricultura (1990). Resolución Ministerial n.º 00046-90-AG/DGRAAR, artículo 2.

25 Ministerio de Agricultura. Decreto Supremo n.º 028-2003-AG, 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.

26 Ministerio de Agricultura. Decreto Supremo n.º 028-2003-AG, artículo 3: [...] Precisese que todo ingreso de terceros, sean estos públicos o privados, con fines asistenciales, de salud, investigación y otros requiere la autorización previa de la





Cabe precisar que en la actualidad existe un derecho superpuesto que es el contrato de concesión del lote 88, conocido como el proyecto Camisea. Para este caso específico, el decreto precisa que estos deberán ejercerse con las máximas consideraciones para garantizar la no afectación de los derechos de los PIACI<sup>27</sup>. Con excepción de este proyecto específico, queda prohibido el otorgamiento y realización de actividades económicas al interior de la RTKNN.

La garantías y precisiones descritas del Decreto Supremo n.º 028-2003-AG son el mayor estándar de protección para los PIACI de dicha reserva. Sin embargo, se ve amenazado por las normas descritas en el apartado 5, que menoscaban los derechos de estos pueblos al permitir la ejecución de actividades económicas consideradas de «necesidad pública» sobre su territorio, por medio del otorgamiento de nuevos derechos para su realización.

## 4.4 Sobre las amenazas continuas e inminentes

De lo expuesto, el territorio de los PIACI de la RTKNN está protegido por la categoría jurídica de reserva territorial: RTKNN. Su extensión territorial abarca 456 672.73 hectáreas, ubicada en los distritos de Echarati y Sepahua, provincia de La Convención y Atalaya, departamento de Cusco y Ucayali, respectivamente. Este territorio y los PIACI que habitan en su interior se ven expuestos a amenazas determinadas y no determinadas que ponen en riesgo su vida e integridad. A continuación, el detalle de dichas amenazas:

### 4.4.1 Amenazas no determinadas en los PIACI de la RTKNN

#### a. Amenazas sociales

La historia de los nahua y nanti ha estado protagonizada por constantes peligros a su vida e integridad. Desde las ocurrencias de brotes víricos y/o enfermedades de difícil tratamiento hasta las migraciones hacia territorios desconocidos y no acostumbrados con sus estilos de vida.

A pesar de la grave situación de los PIACI de la RTKNN, las investigaciones realizadas no han sido suficientes para determinar con exactitud los males que afectan a los pueblos en contacto inicial que habitan en su interior. A raíz del contacto inicial, con la incursión de agentes externos en sus territorios, han aparecido nuevos patrones de conducta en el universo social de estos pueblos que afectan su cultura y su forma de vida originaria.

Los patrones de conducta son modificados por medio de la injerencia de modelos de desarrollo no adaptados a la realidad de los pueblos indígenas, en especial a la de los machiguenga nanti. Al respecto, el Ministerio de Salud ha señalado que: «el uso de ropa occidental ejerce una fuerte presión de cambio cultural en virtud de su contenido simbólico frente a las imágenes del complejo Kugapakori-calatos-salvajes que también comparte el personal de salud. Los foráneos (incluidos el personal de salud) critican abiertamente que fuera de la escuela algunos niños no lleven pantalones. Además, la ropa occidental parece ser hoy en día uno de los principales factores que inducen a los padres de familia y jóvenes machiguenga-nanti del Alto Camisea a la venta de su fuerza de trabajo mediante migraciones temporales, lo que crea riesgos insospechados de contagio de enfermedades»<sup>28</sup>.

---

Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (Conapa), así como la puesta en conocimiento de las organizaciones indígenas de la zona [...].

27 Ministerio de Agricultura. Decreto Supremo n.º 028-2003-AG, artículo 3: [...] Precísese, además, que aquellos derechos de aprovechamiento de recursos naturales existentes en la actualidad 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. Al respecto, la Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (Conapa) deberá establecer directiva.

28 Ministerio de Salud (2014). Op. cit., p. 50.



Estas nuevas conductas de los machiguenga nanti, respecto del uso de prendas de vestir no tradicionales, afectaron sus patrones de necesidad de servicios de la que antes no dependían. La mayoría de varones utilizaban vestimentas distintas a su entorno, al dirigirse a los centros escolares, lo que originó una distorsión en los patrones de conducta de las mujeres al querer también esas vestimentas:

Es notorio que la asistencia escolar demanda que las familias de estos asentamientos deban adquirir ropa para los niños. En el 2003, mientras que la mayoría de los hombres tenían algunas vestimentas de origen occidental y las mujeres llevaban ocasionalmente alguna prenda complementaria a las prendas tradicionales (faldas y bandas cruzadas sobre el pecho), pocos eran los niños que vestían con ropa occidental –a la que localmente se denomina truzá– obtenidas mediante donaciones<sup>29</sup>.

Con respecto a los nahua, su tradición histórica grafica las constantes movilizaciones por la interferencia, en sus territorios, de agentes externos que amenazaban sus costumbres y hábitos de supervivencia. Los nahuas tenían una vida nómada hasta que, después de las movilizaciones territoriales, encontraron instrumentos que con anterioridad habían sido abandonados en la época del auge del caucho: «Esta situación aparentemente armónica no perduró. A partir de la década de 1950, la cuenca del Mishagua, rica en recursos naturales, empezó a atraer a un creciente número de empresas madereras y de prospección de petróleo, como consecuencia de lo cual se produjeron enfrentamientos cada vez más violentos con los nahua». Es más, surgieron conflictos entre las propias comunidades que ocasionaron muertos y heridos.

Es en ese contexto que agentes externos realizaron expediciones con la finalidad de ayudar a las comunidades bajo una visión occidental. Eso terminó de trastocar sus costumbres y generó mayor violencia en la zona. Posteriormente, en los años ochenta:

#### 1.3.4. Un periodo de conflicto

[...]

Varios trabajadores de Shell fueron atacados con lo que ciertamente eran flechas nahua, en la parte alta del río Mishagua, y tuvieron que ser evacuados. Este evento fue confirmado por las descripciones de los nahua. En 1984 se produjeron otros dos ataques. Uno de ellos fue a unos trabajadores que estaban construyendo un helipuerto como parte de los preparativos para la visita del presidente Belaunde, quien iba a inspeccionar la ubicación de una posible extensión de la carretera transamazónica<sup>30</sup>.

A medida que se iniciaban las labores de exploración sobre los recursos naturales presentes en el territorio de los nahua, la violencia creció a niveles sin control. Ocurrieron graves violaciones de derechos humanos, con heridos y muertos: «La violencia durante este periodo tuvo como consecuencia la muerte de al menos seis nahuas, y muchos presentaron cicatrices de heridas de bala que datan de ese entonces. En uno de estos incidentes intervino el jefe actual (el curaca), quien cuenta cómo los madereros dispararon y mataron a su hermano (Asa) en el río Cashpajali y a él lo hirieron». De la información recabada, puede leerse el testimonio del curaca:

Casi muero, pero me curaron las canciones de mi abuelo. Después de que mataran a mi hermano, abandonamos nuestras chacras y cruzamos a este lado (del Mishagua) porque teníamos miedo. Durante un tiempo lo único que comimos fue chonta (corazones de palmera). Más tarde, en el verano, construimos canoas y establecimos chacras en el curso superior del río Mafaya (con cerros) (en la parte alta del río Serjali). [...]. Entonces, establecimos una chacra enorme con yuca, plátano y maíz<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ministerio de Salud (2017). Op. cit., p. 31.

<sup>31</sup> Ministerio de Salud (2017). Op. cit., p. 32.

Lo expuesto demuestra la alta vulnerabilidad de los pueblos Nanti y Nahua frente al contacto de terceros, a través de actividades económicas. El contacto generó variaciones drásticas en los estilos de vida, costumbres y tradiciones de estos pueblos, y consecuencias como: 1) casos de muerte y violencia entre las propias comunidades, por amenazas de visitantes extraños, y 2) variaciones de patrones de costumbres tradicionales sobre la vestimenta y en formas de relacionamiento social hacia comunidades vecinas.

#### **b. Amenazas a la salud**

Los PIACI, debido a su vulnerabilidad inmunológica, se encuentran expuestos a una situación grave de salud. En 2014 el Ministerio de Salud hizo pública la contaminación del pueblo Nahua con mercurio, a través del Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Medio Ambiente (Censopas), entidad que posteriormente realizó una serie de dosajes para determinar la exposición de mercurio y se encontraron niveles por encima del límite máximo permisible. Así, en 2015, se evaluaron a 106 nahuas, de los cuales 84 presentaban niveles de mercurio elevados, que representaban el 79.2 % de los evaluados. En 2016 se evaluaron a 156 nahuas, de los cuales 105 presentaban niveles de mercurio elevados, que representaban el 67.3 % de los evaluados expuestos a este metal<sup>32</sup>.

Desde 2014, el Poder Ejecutivo no ha identificado la fuente y vías de contaminación del mercurio, por lo que la zona y la población continúan afectadas y expuestas a este peligroso metal. Además de esta afectación por mercurio, al 2018 existen altas tasas de morbilidad que afectan al pueblo nahua del asentamiento de Santa Rosa de Serjali, Estas son<sup>33</sup>:

- prevalencia de enfermedades transmisibles y de seguridad alimentaria
- 186 casos de gastroenteritis
- 91 casos de resfriados
- 84 casos de IRA
- 229 casos de fiebre de origen desconocido

La principal causa de muerte entre 1984-2014 ha sido por enfermedades infecciosas y parasitarias. El 74 % de muertes es por estas enfermedades, de los cuales el 50 % son menores de 17 años<sup>34</sup>.

Sumado a ello, el pueblo Nahua padece de otras patologías frecuentes: infecciones agudas de las vías respiratorias superiores, gastroenteritis, rinofaringitis, gastritis y duodenitis, dorsalgia, trastornos del sistema urinario, fiebre de origen desconocido, faringitis aguda, dolor abdominal y pélvico, cefalea, micosis superficiales, trastornos articulares no clasificados, bronquitis aguda, bronquitis no especificada como aguda o crónica, infecciones locales de la piel, infecciones intestinales bacterianas, parasitosis intestinal sin especificación, amigdalitis aguda, anemias por deficiencia, trastornos a los tejidos, prurito, enfermedades de transmisión sexual, y otitis media suprativa<sup>35</sup>.

Con respecto al pueblo Nanti, el Análisis de la Situación Integral de Salud Nanti (en adelante, ASIS Nanti) de 2003, y su actualización en 2014, demuestra que las epidemias de enfermedad diarreica aguda (EDA) e infecciones respiratorias agudas (IRA) son y siguen siendo el factor crítico que determina las afectaciones a este pueblo. Así, en el período 2004-2013, las principales causas de mortalidad fueron las EDA y las IRA.

32 Oficio n.o 1256-2018-DM/Minsa del 12/7/2018, anexo del Informe n.o 071-2018-DPI-DGIESP/Minsa.

33 Ibidem.

34 Nota informativa n.o 006-2018-CDC/Minsa.

35 Oficio n.o 613-2018-DGIESP/Minsa, del 7 de marzo de 2018.





En el mismo documento, ASIS Nanti de 2014, el Ministerio de Salud advierte que «la elevada mortalidad neonatal en la población matsigenka-nanti es un indicativo negativo de la salud de la madre y su falta de acceso a los servicios de salud». A la fecha esta situación no ha mejorado.

Pese a la evidencia de situación crítica de salud de estos pueblos, aún no hay acciones efectivas para que las condiciones de vida y salud de estos pueblos mejoren. Por el contrario, de aplicarse el artículo 5.c de la Ley n.º 28736 y el artículo 35 de su reglamento, se expone la integridad de los mismos al habilitar y permitir presiones en su territorio, que facilitarían las opciones de contacto, que para el caso de los pueblos en aislamiento implican un riesgo de muerte y para el caso de los pueblos en contacto inicial, un riesgo de enfermedad y un factor que agravaría su salud hasta el riesgo de extinción.

#### 4.4.2 Sobre las amenazas determinadas

Tal como se explicó, el contacto con terceros no autorizados en territorio de los PIACI afecta de modo irreversible su cultura y su forma de vida<sup>36</sup>, ya que son pueblos altamente vulnerables y que, en muchos casos, se encuentran en grave peligro de extinción. Esta extremada vulnerabilidad se agrava con las amenazas y agresiones que sufren sus territorios<sup>37</sup>.

Las amenazas a sus territorios se producen mediante agresiones físicas directas, incursiones a sus territorios con el objetivo de extraer recursos naturales, epidemias, escasez de alimentos y pérdida de su cultura. Estas actividades, de acuerdo con lo establecido por la Corte IDH, presuponen un contacto<sup>38</sup>. Entonces, ponen en grave riesgo a estos pueblos. Si este contacto, que es no deseado, es eliminado, se eliminaría la mayoría de las amenazas y se garantizaría el respeto a los derechos de estos pueblos<sup>39</sup>.

No obstante, en la actualidad este territorio tiene las siguientes presiones:

##### a. Lote 88 de hidrocarburos

El 6 de diciembre de 2000, mediante Decreto Supremo n.º 021-2000-EM, el Estado peruano aprobó el contrato de exploración y explotación del lote 88 con el Consorcio Camisea, en la actualidad liderado por Pluspetrol.

Este lote tiene una extensión de 143 495.00 hectáreas y se encuentra superpuesto a la RTKNN, con lo que ocupa aproximadamente el 23 % de la reserva<sup>40</sup>. En otras palabras, el 73.3 % del área del lote está superpuesto a la RTKNN.

Por ello, en 2002, en el marco del préstamo n.º 1441/OC-PE que el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante, BID) otorgó a la empresa TGP por el proyecto, el Estado peruano y el BID firmaron una carta de compromisos con el fin de salvaguardar los derechos de los PIACI de la RTKNN<sup>41</sup>.

36 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). «Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos» (OAS. documentos oficiales, OEA/Ser. L), párr. 20.

37 ONU. «Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, El Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay de las Naciones Unidas», párr. 14.c.

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). «Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos» (OAS. documentos oficiales; OEA/Ser. L), párr. 21.

39 *Ibidem*.

40 «Plan de protección para los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI) de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN) 2016-2020» aprobado mediante Resolución Ministerial n.º 341-2015-MC, p. 26.

41 *Idem*, p. 28.

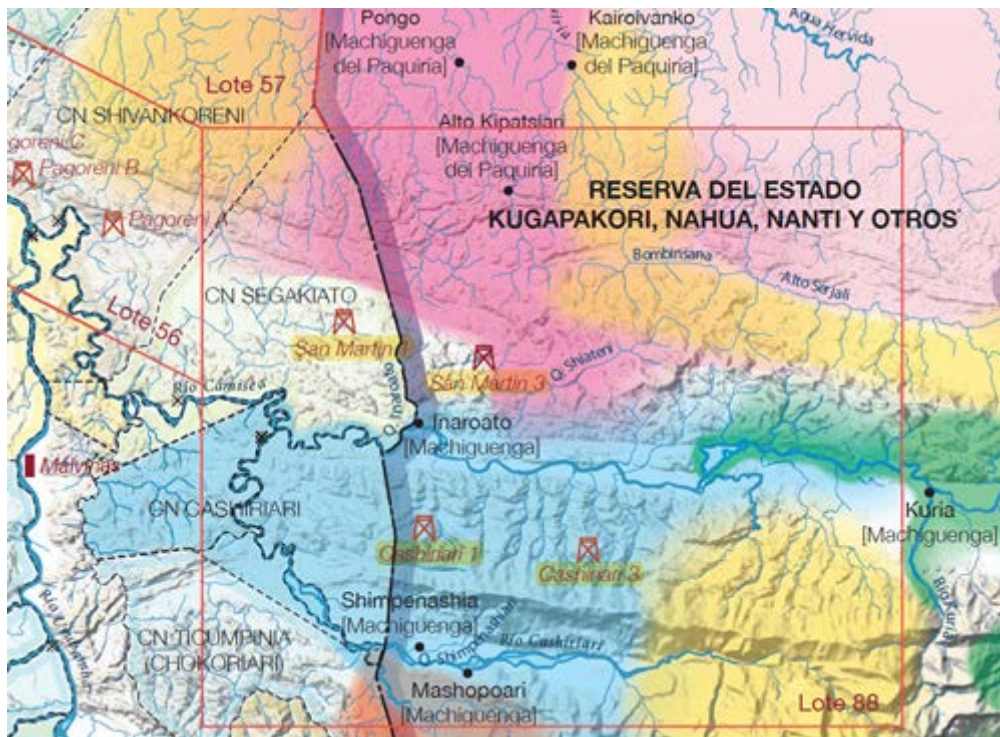
Entre los compromisos establecidos se encuentra el siguiente:

Mejorar la normatividad existente para que se otorgue protección a la reserva Nahua-Kugapakori, teniendo en cuenta que el Gobierno del Perú participa en el Convenio 169 de la OIT. Este compromiso incluye la expedición de un decreto que inmediata y temporalmente mejore el nivel de protección de las comunidades, de manera que se restrinjan nuevas actividades extractivas dentro de la mencionada reserva (más allá de lo que está contemplado para el Proyecto Camisea), en tanto un nivel de protección apropiado y permanente quede establecida<sup>42</sup>.

En ese marco, el Estado emitió el Decreto Supremo n.º 028-2003-AG que eleva el grado de protección de la RTKNN y establece los derechos adquiridos de los PIACI que habitan en su interior, como la integridad e intangibilidad territorial. Es por ello que en la actualidad el BID considera que el «estado legal actual [se refiere al DS n.º 028-2003-AG] ya proporcionó la protección necesaria. Por lo tanto, el banco optó por no financiar ninguna actividad en RTKNN y, específicamente, no financió estudios sobre su adaptación a una reserva indígena, que podría haber socavado el nivel de protección existente del que disfruta<sup>43</sup>».

Como parte de la exploración de hidrocarburos, se ejecutó un programa de sísmica 3D, la construcción de la planta de gas Malvinas, la perforación de pozos en San Martín 1, San Martín 3 y Cashiriari 3, y la perforación de la locación San Martín Este en 2012<sup>44</sup>.

**Mapa 2. RTKNN y pozos extractivos superpuestos**



Fuente: Shinai (2005). Territorios indígenas en la Reserva Kugapakori, Nahua, Nanti y otros. Mapa preparado con Avenza MAPublisher.

42 Equipo de Industrias Extractivas DAR. «¿El Estado peruano cumplió con Camisea? Diagnóstico final sobre el cumplimiento de los compromisos del Perú en el ámbito del proyecto Camisea», p. 76.

43 Gerencia del BID (2018). Memorando MICI-BID-PE-T1258 & PE-T1276, párr. 15.

44 «Plan de protección para los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI) de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN) 2016-2020» aprobado mediante Resolución Ministerial n.º 341-2015-MC, p. 26.



A la fecha existen 5 plataformas donde se ubican los pozos gasíferos, 4 están activos: San Martín 1, San Martín 3, Cashiriari 1 y Cashiriari 3<sup>45</sup>. Los tres últimos se ubican al interior de la RTKNN, como se aprecia en el mapa 2.

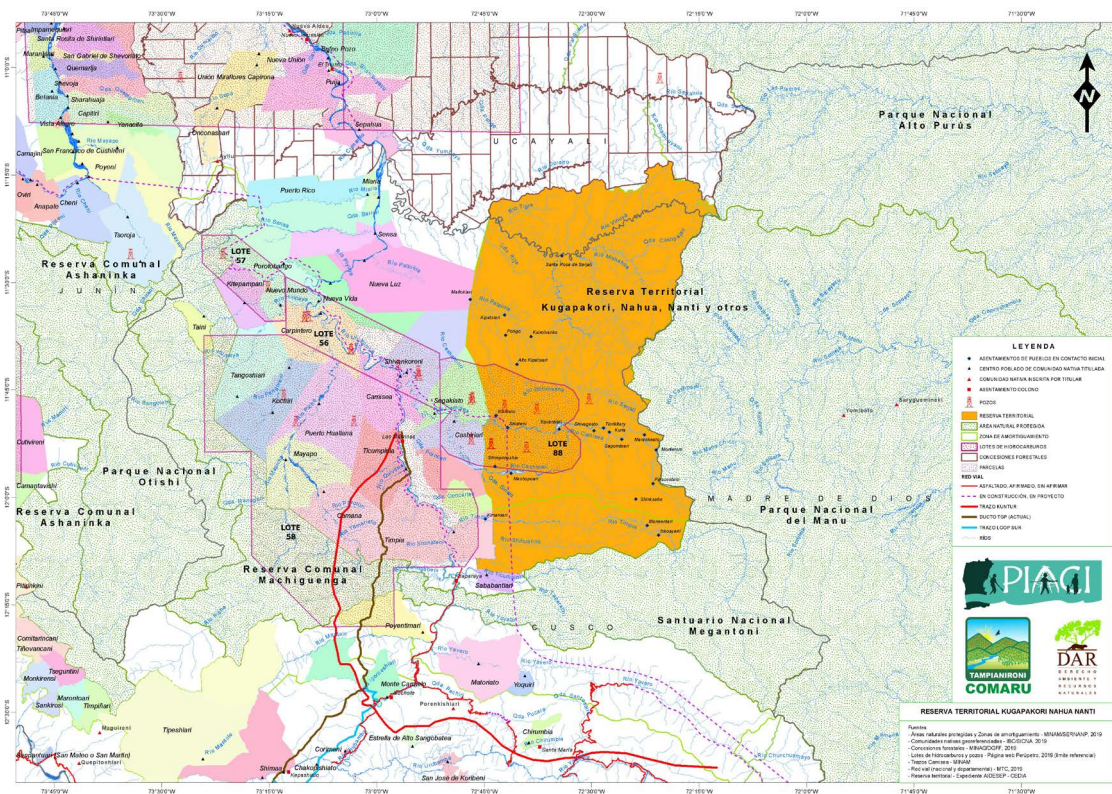
**b. Concesiones forestales colindantes**

Por el norte de la RTKNN existen dos concesiones forestales con fines maderables, ubicadas en la jurisdicción del distrito de Sepahua, Atalaya-Ucayali. Estas son<sup>46</sup>:

- Concesión Shambuyacu Forest S.A.C, bajo contrato n.o 25-ATA/C-J- 006-02.
- Concesión Forestal El Dorado S.A.C., bajo contrato n.o 25-ATA/C-J- 033-02.

La primera es operada por una empresa coreana y es la concesión más grande del área<sup>47</sup>. A continuación, se presenta el mapa de las concesiones:

**Mapa 3. RTKNN y concesiones forestales colindantes**



Fuente: Ministerio de Cultura, mapa n.o 5: Concesiones forestales colindantes a la RTKNN. En el «Plan de protección para los PIACI de la RTKNN 2016-2020», p. 36.

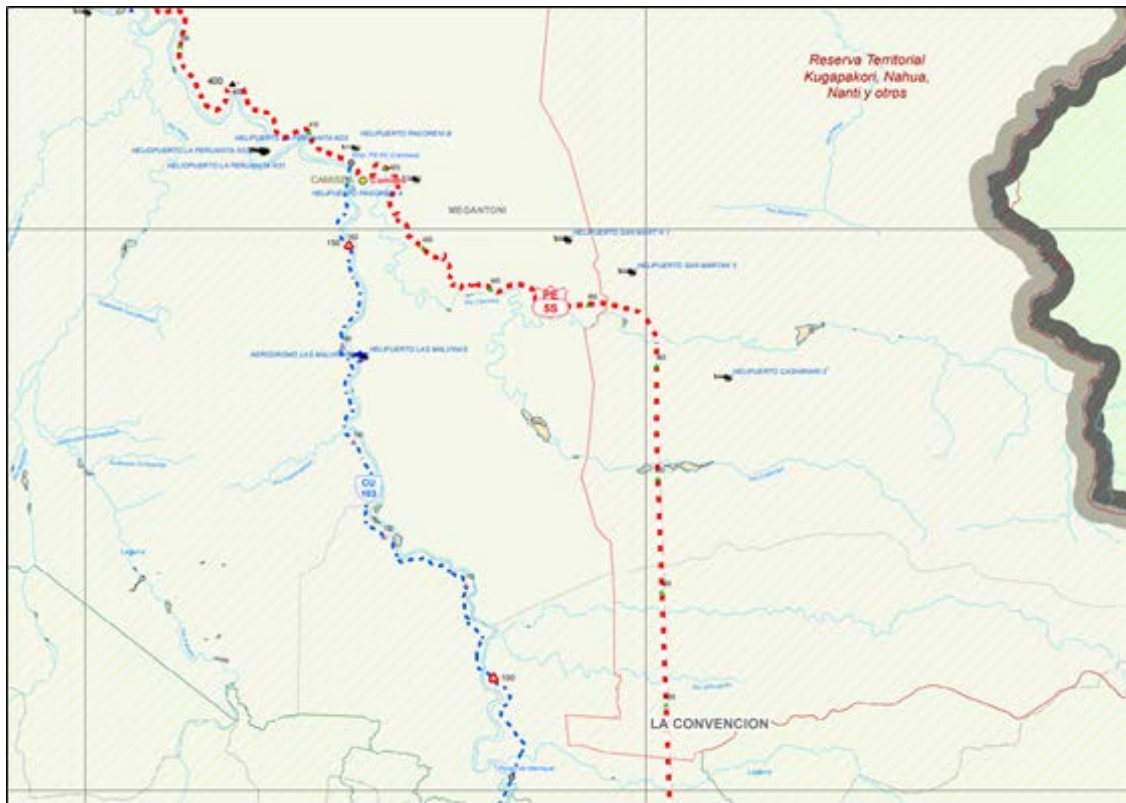
45 GGRL-LEGL-0353-2018 (7 de diciembre de 2018).  
 46 Ídem, p. 35.  
 47 Ibidem.



### c. Proyecto de carretera

El tramo Camisea-Boca Manu, del proyecto de carretera nacional PE-5S o longitudinal de la Selva Sur, se superpone a la RTKNN tal como se muestra a continuación:

**Mapa 4. RTKNN y proyecto de carretera superpuesto**



Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Mapa Vial Cusco, julio de 2017.

Este proyecto de carretera, al día de hoy, no ha sido excluido del Sinac<sup>48</sup>.

48 Ver resoluciones de actualización del Sinac: <http://portal.mtc.gob.pe/transportes/caminos/rutas.html>



## 5. Normas inconstitucionales e inconvencionales que afectan los derechos de los PIACI

El orden jurídico nacional presume una relación armónica entre las normas que conforman este sistema jurídico, con base en el principio de coherencia normativa<sup>49</sup>. Ello se produce «por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico»<sup>50</sup>.

Esta presunción de relación armónica entre la Constitución y las normas con rango infraconstitucional se quiebra si alguna de estas atenta contra el contenido de la primera<sup>51</sup>. En el presente caso, hay dos normas de rango infraconstitucional que son contrarias al orden jurídico nacional. Estas son:

### **Ley n.o 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial**

Artículo 5. Carácter intangible de las reservas indígenas

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:

[...]

c) 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 pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, 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 [...] (Subrayado propio).

### **Reglamento de la Ley n.o 28736, aprobado por Decreto Supremo n.o 008-2007-Mimdes, modificado por Decreto Supremo n.o 008-2016-MC**

Artículo 35. Aprovechamiento de recursos por necesidad pública

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 [...].

Ambas normas establecen que el Estado estará habilitado para otorgar derechos de aprovechamiento de recursos naturales sobre territorios de los PIACI, en caso esos derechos o concesiones sean considerados de necesidad pública. Es importante precisar que en el Perú no existe dispositivo legal que regule el procedimiento respectivo para expedir una norma considerada como de necesidad pública<sup>52</sup>. En ese sentido, no existen criterios ni parámetros definidos para la determinación de una actividad como tal, lo que agrava la situación de estos pueblos al estar sujeta a posibles subjetividades. Con ello se quiebra el principio de intangibilidad

49 Fundamentos 4 y ss. de la STC 0005-2003-AI/TC.

50 Ídem.

51 Montoya Chávez, Víctorhugo (2015). «El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014)», p. 54.

52 Informe legal n.o 036-2013-JUS/DNAJ. Informe legal sobre la naturaleza jurídica e implicancias de las normas consideradas «declaraciones de necesidad pública e interés nacional» (10 de abril de 2013).

y se afecta el derecho al territorio de los PIACI de la RTKNN. En consecuencia, se pone en riesgo la vida y la integridad de estos pueblos.

Entonces, las normas referidas son inconstitucionales y no convencionales en tanto afectan, principalmente, los siguientes derechos:

#### a. Derecho a la vida

Este derecho es una condición *sine qua non* para el goce de los demás derechos<sup>53</sup>, es decir, que de su protección depende la realización de los demás derechos. En consecuencia, «al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna»<sup>54</sup>.

En el caso *Yakye Axa versus Paraguay*, la Corte IDH estableció el deber de los Estados de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a efectivizar el derecho a una vida digna, por lo que se tomó en cuenta la situación de especial vulnerabilidad<sup>55</sup>, como es la situación de los PIACI de esta reserva.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha señalado que este derecho tiene estatus de *jus cogens*, es decir, es una norma perentoria de derecho internacional y, por tanto, no derogable<sup>56</sup>. Además de haber sido desarrollado en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), también ha sido consagrado por instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en su artículo 4, y por el derecho nacional en la Constitución Política del Perú, en el artículo 2, inciso 1.

#### b. Derecho a la integridad y salud

El derecho a la integridad personal está consagrado en el artículo 5 de la CADH y en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que «la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta»<sup>57</sup>. En el presente caso nos encontramos en este segundo supuesto de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, debido a las condiciones del estado de salud que padecen las personas integrantes de los pueblos de la RTKNN. De haber opción de aplicación del artículo 5.c de la Ley n.º 28736 se agravaría la situación de salud de los pueblos en contacto inicial y se pondría en peligro de muerte a los pueblos en aislamiento del interior de la RTKNN.

Asimismo, debido a que se han generado condiciones de vida miserables para los miembros de los pueblos de la RTKNN, y por el estado general de abandono en el que actualmente se encuentran, si se tiene en cuenta que son estados que generan sufrimientos que afectan este derecho a la integridad, se afecta la integridad psíquica y moral de estos pueblos<sup>58</sup>.

53 CIDH. Informe n.º 48/01 (04/04/2001), Informe n.º 24/99 (07/03/2000), Informe n.º 25/99 (07/03/2000), Informe n.º 123/99 (04/04/2001), párr. 109.

54 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, párr. 161.

55 Ídem, párr. 162 y 163.

56 CIDH, Informe de Fondo N.º 47/96, Caso 11.436, Remolcador "13 de marzo", 16 de octubre de 1996, pág. 17.

57 Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, párr. 57, y Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C N.º 260, párr. 201.

58 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek versus Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, párr. 244.



El derecho a la integridad, así como el derecho a la vida, está directamente vinculado al derecho a la salud<sup>59</sup>. Con respecto a este último derecho, está consagrado por la Constitución Política del Perú en su artículo 7. En su artículo 59 establece que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la salud de las personas. Además, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que «los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».

### c. Derecho al territorio

Este derecho, de acuerdo a lo ya señalado en el apartado 4.3, se encuentra plasmado en el Decreto Supremo n.º 028-2003-AG. Así, la integridad del territorio ancestral de los pueblos referidos es garantizada por el artículo 3 de dicho decreto<sup>60</sup>, el mismo que establece la intangibilidad territorial a través de la prohibición del «otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales». Dicha garantía y prohibición se perderían de aplicarse el artículo 5.c en cuestión, ya que el otorgamiento de nuevos derechos de exploración y explotación, considerados de necesidad pública, pondría en grave riesgo la vida e integridad de estos pueblos; así como la eliminación del derecho adquirido del territorio intangible, expresado en la prohibición ya señalada.

Con respecto a la protección internacional, el artículo 21 de la CADH consagra el derecho a la propiedad privada, que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, como los casos de *Awas Tingni versus Nicaragua* y el de *Sarayaku versus Ecuador*, consagran también el derecho al territorio. Así, la Corte IDH ha establecido que:

[...] la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana<sup>61</sup>.

En consecuencia, es deber de los Estados tener en cuenta que «los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente, que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida»<sup>62</sup>. Al afectarse este derecho, se afectaría la supervivencia misma del pueblo y de sus miembros<sup>63</sup>.

Incluso, si el Estado no garantiza el derecho al territorio de un pueblo, afectaría el derecho a una vida digna de sus miembros, porque «los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades»<sup>64</sup>, y su supervivencia física y cultural en general.

59 Caso Vera Vera y otra versus Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2011, párr. 43.

60 Decreto Supremo n.º 028-2003-AG, 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.

61 Corte IDH. Caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, párr. 137.

62 Ídem, párr. 146.

63 Ídem, párr. 147. Ello se refuerza en el caso del pueblo Saramaka versus Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n.º 172, párr. 120.

64 Corte IDH. Caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, párr. 168.



De lo expuesto, se concluye que con la aplicación del artículo 5.c de ley en cuestión, así como del artículo 35 de su reglamento, se afectarían, principalmente, estos derechos consagrados en la Constitución Política del Perú y en instrumentos y jurisprudencia internacional. En consecuencia, ambas medidas normativas son inconstitucionales e inconvencionales. Las amenazas y presiones descritas en el apartado 4.4 serían validadas y se generarían nuevas afectaciones al aplicarse estos artículos, ya que bajo la categoría de necesidad pública permiten realizar actividades económicas y de infraestructura sobre territorio de los PIACI, pese al riesgo de agravar la situación crítica de salud actual de los PICI, y pese a poner en riesgo la vida e integridad de los PIA.

## 6. Fundamentos de derecho

### 6.1 Fuentes de los derechos PIACI

#### 6.1.1 Derecho internacional

El Decreto Supremo n.o 028-2003-AG es el mayor estándar de protección de la RTKNN, porque garantiza su integridad e intangibilidad territorial. Por el contrario, la aplicación del artículo 5.c de la Ley n.o 28736 permitiría el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de recursos al interior de la reserva, lo que quebraría su intangibilidad y afectaría el territorio como garante de sus derechos a la vida y a la salud. Además, garantiza el principio de no contacto, es decir, su decisión de no mantener contacto con el resto de la sociedad, y respeta su forma particular de hacerlo.

Este conflicto de normas debe resolverse según los estándares del derecho internacional, que son los siguientes:

#### a. Principio *pro homine*.

En el derecho internacional de los derechos humanos, con respecto al sistema interamericano, el principio *pro homine* ha sido consagrado en el artículo 29.b de la CADH:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

«[...]

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados [...]

Y en el sistema universal por el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC):

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.





2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte, en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

De conformidad con este principio, cuando exista duda sobre qué norma que regula o reconoce derechos humanos debe aplicarse en un caso concreto, «debe preferirse a aquella que mejor proteja a la persona y que le permita gozar de una mejor manera su derecho, en una aplicación coherente con los valores y principios que conforman la base de todo ordenamiento jurídico»<sup>65</sup>. Este principio, inherente al derecho internacional de los derechos humanos, señala que debe preferirse la norma más protectora, ya que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, a fin de preservar su dignidad, asegurar sus derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los mismos<sup>66</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia n.º C-251/97, señaló lo siguiente:

[...] No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos<sup>67</sup>.

En ese sentido, se debe preferir la aplicación del Decreto Supremo n.º 028-2003-AG.

#### **b. Principio de no regresividad de los derechos humanos.**

Este principio está consagrado en el artículo 26 de la CADH:

Artículo 26. Desarrollo progresivo

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (subrayado propio).

Y en el artículo 2.1 del PIDESC:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados partes, en el presente pacto, se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (subrayado propio).

65 Aguirre Arango, José. «La interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos», p. 76.

66 Ídem, p. 87.

67 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º C-251/97 (28 de mayo de 1997). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-251-97.htm>. Consultado el 29 de mayo de 2019.



En virtud de la obligación de progresividad, de acuerdo al estándar de la CIDH, el Estado está prohibido de adoptar políticas y medidas, y de sancionar normas jurídicas que sin una justificación adecuada empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza determinada población al momento de adoptar el protocolo referido, o bien con posterioridad a cada avance «progresivo»<sup>68</sup>.

Como el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, el Estado asume, de manera simultánea, la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente<sup>69</sup>. En ese sentido, la obligación de no regresividad se constituye en uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado<sup>70</sup>. En consecuencia, cualquier desmejoramiento de una situación jurídica reconocida previamente supondrá una regresión no autorizada por estos instrumentos internacionales.

En el presente caso, el derecho al territorio integral e intangible ha sido reconocido formalmente por el Decreto Supremo n.o 028-2003-AG para garantizar los derechos de estos pueblos, por lo que merece protección definitiva e irrevocable. Cuando un derecho ha sido reconocido por una ley o por cualquier otro acto del poder público nacional, como derecho inherente a la persona humana, «la naturaleza de dicho derecho se independiza del acto por el que fue reconocido, que es meramente declarativo. La tutela debida a tal derecho se fundamenta en la dignidad humana y no en el acto por el cual el mismo fue reconocido como inherente a dicha dignidad. En adelante, merecerá protección propia de los derechos humanos de manera definitiva e irreversible, aun si el acto de reconocimiento queda abrogado»<sup>71</sup>.

Por ello, el artículo 5.c de la Ley n.o 28736 y el artículo 35 de su reglamento, al permitir, contrariamente a lo establecido por el Decreto Supremo n.o 028-2003-AG, actividades extractivas en territorios de los PIACI de la RTKNN, son medidas regresivas. Se entienden por medidas regresivas «todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido»<sup>72</sup>.

Entonces, con la protección del Decreto Supremo n.o 028-2003-AG, se afectaría este principio al ser el artículo 5.c una medida normativa que menoscaba y desmejora la situación jurídica de estos pueblos. El BID reconoció, de manera oficial, este retroceso en 2018, como respuesta a la queja realizada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesep) sobre el financiamiento de los estudios para la adecuación de la RTKNN. Así, el BID señaló lo siguiente:

En lo que respecta a RTKNN, es importante señalar que, aunque la reserva era originalmente incluida en la cooperación técnica, el Gobierno y el BID acordaron, en 2015, que la TC [Cooperación Técnica] no financiará ninguna actividad en la reserva porque su estado legal actual (ver párrafo 9) [Se refiere al DS. n.o 028-2003-AG] ya proporcionó la protección necesaria. Por lo tanto, el Banco optó por no financiar ninguna actividad en RTKNN y, específicamente, no financió estudios sobre su adaptación a una reserva indígena, que podría haber socavado el nivel de protección existente del que disfruta. (Gerencia del BID, Memorando MICI-BID-PE-T1258 & PE-T1276, 2018, párr. 15)

68 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales» (OEA Documentos Oficiales. OEA/Ser.L/V/II), p. 6. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Lineamientos.pdf>. Consultado el 29 de mayo de 2019.

69 Ibidem.

70 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales» (OEA Documentos Oficiales. OEA/Ser.L/V/II), p. 6

71 Nikken, Pedro. «La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales», p. 71. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>. Consultado el 29 de mayo de 2019.

72 Ver artículo 11 de las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, aprobadas el 7 de junio de 2005 por la Asamblea General de la OEA, a través de la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05).



Asimismo, en sus conclusiones, la Gerencia del BID señala que:

[...] en acuerdo con el Estado peruano, el BID excluyó esta reserva de la cooperación técnica como medida de precaución para evitar debilitar el nivel existente de protección otorgado a RTKNN [...]. La participación del Banco en el contexto del proyecto Camisea fue, precisamente, para garantizar que el Estado peruano amplíe el nivel de protección de RTKNN, de acuerdo con el Supremo Decreto 028 de 2003 [...]. (Gerencia del BID, Memorando MICI-BID-PE-T1258 & PE-T1276, 2018, conclusión 1-2)

En conclusión, el BID, en concordancia con los principios e instrumentos internacionales descritos, afirma que el mayor estándar de protección es el Decreto Supremo n.o 028-2003-AG y que la aplicación del artículo 5.c de la ley y del artículo 35 del reglamento, referidos para el caso de la RTKNN, implicarían un debilitamiento del nivel existente de protección ya otorgado. Por ello, «en acuerdo con el Estado», el BID excluyó a la RTKNN del proyecto, cuyo objetivo es categorizar las demás reservas territoriales existentes.

### c. Instrumentos internacionales

Tal como se ha explicado, el derecho al territorio de los PIACI ha sido reconocido por instrumentos internacionales como la CADH, PIDCP, PIDESC, entre otros. Uno de los instrumentos que merece mayor detalle es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT).

El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento, demarcación y titulación de sus territorios se encuentra amparado en varios instrumentos y pronunciamientos de órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos. El derecho de los pueblos indígenas a la propiedad y la posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado se encuentra expresamente protegido en los artículos 14 y 18 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. La obligación estatal de respetar y garantizar ese derecho debe ser implementada en consonancia con otras garantías expresamente consagradas en el citado convenio, como:

- El principio de no discriminación (artículos 3, 4, 20 y 24).
- El derecho a que se respeten la integridad, las culturas y las instituciones de los pueblos indígenas (artículos. 2, 5 y 7).
- El derecho a determinar sus propias prioridades y formas de desarrollo (artículo 7).
- El derecho de participación y a la consulta y consentimiento previo, libre e informado frente a decisiones susceptibles de afectarles directamente (artículos 6, 7, 15, 17, 22 y 28).

La Parte II del Convenio 169 de la OIT regula específicamente los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en lo pertinente, de la siguiente manera:

#### Parte II. Tierras

##### Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o los territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.



#### Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, 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.

2. Los 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.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

#### Artículo 17

[...]

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

#### Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas refuerza las disposiciones del Convenio 169 de la OIT. Además, la Declaración afirma, en su artículo 3, el derecho a la autodeterminación, en consonancia con el artículo 1, común a los pactos internacionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales.

La Declaración de las Naciones Unidas consagra el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, el territorio y los recursos naturales, que incluye aquellos que por tradición les pertenecían, pero pasaron a ser ocupados por personas no indígenas. En lo pertinente, ese instrumento consagra los siguientes derechos territoriales:

#### Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, los territorios, las aguas, los mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído, u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

#### Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.



3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

La actual relatora especial para los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, se ha manifestado sobre la obligación de los Estados de asegurar que no exista interferencia externa sobre los territorios tradicionales. Ello implica remover cualquier tipo de interferencia a través del saneamiento de terceros, de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados<sup>73</sup>. Si bien esta afirmación se centra más en aspectos relativos a la titulación de tierras, el principio de protección y respeto al territorio indígena es igualmente aplicable a los PIACI. Asimismo, la relatora de los derechos de los pueblos indígenas de la CIDH, Antonía Urrejola Noguera, remarcó la necesidad de que el Estado peruano establezca claramente los criterios sobre los cuales se enmarcan las declaratorias de interés nacional y de necesidad pública en el Perú, a fin de evitar vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas, en especial de los PIACI<sup>74</sup>.

#### d. Jurisprudencia interamericana

La Corte IDH posee una amplia jurisprudencia sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Desde su primer caso sobre el tema, la Corte concluyó que las garantías del artículo 21 de la CADH incluyen la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, que son un elemento material y espiritual indispensable para la preservación de su cultura y su transmisión para las generaciones futuras<sup>75</sup>.

Esta relación constituye «sus maneras de ser, ver y actuar en el mundo, [...] no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino, además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural»<sup>76</sup>.

En su más reciente sentencia, relacionada con el retardo injustificado en la demarcación del territorio del pueblo indígena Xucuru, en Brasil, la Corte IDH reafirmó la interpretación del alcance del artículo 21 de la CADH, cuando lo que está en juego son los derechos territoriales de los pueblos indígenas:

115. Entre los pueblos indígenas y tribales existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad. Esas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Corte ha establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana [...]. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros [...].

117. Por otra parte, el Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual se indica *inter alia* que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el

73 Declaración pericial de la relatora Victoria Tauli-Corpuz del 17 de marzo de 2017, rendido ante la Corte IDH en el Caso Xucuru versus Brasil. Corte IDH. Caso del pueblo indígena Xucuru y sus miembros versus Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2018. Serie C n.o 346, párr. 124.

74 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). 172 Período de Sesiones: audiencia pública «Derechos humanos de los pueblos indígenas y la situación de aislamiento en la amazonia». Ver: [https://www.youtube.com/watch?v=3R\\_9k6x9YzQ&t=3s](https://www.youtube.com/watch?v=3R_9k6x9YzQ&t=3s).

75 Corte IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 149.

76 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 118.

derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que, por causas ajenas a su voluntad, han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o de obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales. Con respecto a lo señalado, la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio, a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra<sup>77</sup>.

### **Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua**

En este caso, la Corte IDH ha señalado que el derecho al territorio no es solo cuestión de posesión, sino que es un elemento material y cultural. El territorio para un pueblo se constituye como base fundamental de su cultura. Por ello, señaló lo siguiente:

Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C n.o 79, párr. 149:

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

En ese sentido, existe una relación estrecha entre el territorio y el pueblo que lo habita, tal como sucedería también para el caso específico de los PIACI.

### **Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku versus Ecuador**

En esta sentencia, la Corte IDH reitera lo establecido en el caso Awas Tingni versus Nicaragua sobre la vinculación estrecha de los pueblos indígenas con sus territorios, así como con los recursos naturales al interior.

<sup>77</sup> Corte IDH. Caso del pueblo indígena Xucuru y sus miembros versus Brasil. Op. Cit., párrs. 115 y 117.



Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Serie C n.o 245, párr. 145:

145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad.

### **Caso del pueblo Saramaka versus Surinam**

Entre otros temas de relevancia, la Corte IDH hace énfasis en que el acceso al territorio es fundamental para garantizar la subsistencia física y cultural de los pueblos. Esto toma mayor relevancia para el caso de los PIACI, quienes dependen sobremanera de los recursos naturales en sus territorios.

Caso del pueblo Saramaka versus Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n.o 172, párrs. 120-122:

90. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos [...].

120. Sobre este particular, la Corte ha sostenido previamente que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y, por lo tanto, de sus integrantes, depende del acceso y el uso de los recursos naturales de su territorio, que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí. El artículo 21 protege el derecho a esos recursos naturales (supra párrs. 85-96).

121. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaya, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, por las mismas razones por las que tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de esos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo [...].

122. Como se mencionó anteriormente (supra párrs. 85-96), debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre este [...].

Esta relación estrecha del pueblo con su territorio es por la que se debe proteger el derecho al territorio.

### **Caso Yakye Axa versus Paraguay**

Este caso reitera lo señalado en situaciones anteriores, sobre la vinculación estrecha de los pueblos con su territorio y sus recursos naturales. Estos, a su vez, están ligados a la cultura del pueblo. Por lo tanto, el territorio debe ser protegido por los Estados.

Corte IDH. Caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C n.o 125, párr. 137:





137. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales, que ahí se encuentren, ligados a su cultura, así como los elementos incorporeales que se desprenden de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes”, utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona, Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.

A la luz de esta información, se da cuenta de los estándares interamericanos de protección del territorio de los pueblos indígenas, que incluye recursos naturales. Ello toma mayor relevancia tratándose de los PIACI, que tienen mayor interdependencia de los recursos, de los cuales depende no solo su subsistencia cultural, sino también física.

**e. Informe Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: «Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos».**

En 2013, la CIDH emitió un informe especial sobre la situación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, que resume los estándares interamericanos aplicables a las obligaciones estatales frente a estos colectivos, en atención a su especial situación de vulnerabilidad y riesgo de desaparición. La CIDH estableció que una de las premisas más importantes de dichas obligaciones es el respeto al no contacto y a su elección de permanecer en aislamiento<sup>78</sup>, la cual debe ser entendida como una manifestación del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario<sup>79</sup>. La CIDH subrayó, asimismo, que las situaciones que implican amenazas a la supervivencia física y cultural de estos pueblos indígenas tienen como causa común el contacto, sea directo o indirecto, con personas ajenas al pueblo<sup>80</sup>.

En lo relativo a la participación y consulta previa, la CIDH sostuvo que, en atención al principio de no contacto, para analizar si los pueblos en aislamiento voluntario dan su consentimiento o no a la presencia de personas ajenas a su pueblo, en sus territorios ancestrales, se deben considerar dos factores: 1) el rechazo manifiesto a la presencia de personas ajenas a su pueblo, en sus territorios, y 2) su decisión de mantenerse en aislamiento respecto de otros pueblos y personas<sup>81</sup>. En el caso de los pueblos indígenas en contacto inicial, la CIDH señaló que los Estados deben aplicar los estándares desarrollados por los órganos del SIDH, de forma culturalmente apropiada, de acuerdo con las circunstancias de cada caso específico y del nivel de contacto del pueblo correspondiente<sup>82</sup>.

78 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos». OEA/Ser. L/V/II. Doc. 47/13, 2013, párr. 21.

79 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos». OEA/Ser. L/V/II. Doc. 47/13, 2013, párr. 22.

80 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos». OEA/Ser. L/V/II. Doc. 47/13, 2013, párr. 21.

81 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos». OEA/Ser. L/V/II. Doc. 47/13, 2013, párr. 25.

82 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos». OEA/Ser. L/V/II. Doc. 47/13, 2013, párr. 26.





### 6.1.2 Derecho nacional

En el ámbito nacional, el derecho al territorio ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano, máximo intérprete de la Constitución, en el expediente n.o 01126-2011-HC/TC:

22. Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículos 88.º y 89.º de la Constitución], sin recoger el concepto de «territorio» de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13.º que la utilización del término «tierras» debe incluir el concepto de «territorios». La diferencia entre los conceptos de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú, pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.

### 6.1.3 Sobre la exigibilidad del derecho internacional para el Estado peruano

Todos los derechos mencionados están consagrados en fuentes que son vinculantes para el Estado peruano. Así, el Convenio 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos y forma parte del derecho nacional, según el artículo 55 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 55. Los tratados celebrados por el Estado, y en vigor, forman parte del derecho nacional.

Además, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria, los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con el Convenio:

Cuarta. Las 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.

De acuerdo con el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, se interpretan de conformidad con las decisiones adoptadas por tribunales internacionales sobre derechos humanos, como la Corte IDH:

Artículo V. Interpretación de los derechos constitucionales. El contenido y los 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 las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Finalmente, la Convención de Viena, en su artículo 26, establece que los tratados son ley entre las partes:

26. «*Pacta sunt servanda*». Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

En su artículo 27 establece que los Estados no pueden alegar su derecho interno para incumplirlos:

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

## 6.2 Sobre existencia de afectación y el principio precautorio y de prevención en materia PIACI

La Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano establece que «el desarrollo económico social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable, y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida»<sup>83</sup>. Esto conlleva la necesidad de balancear el desarrollo con la protección del medio humano. Asimismo, en la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, la social y la ambiental, de cuya consecución depende el alcance de los derechos humanos de todas las personas<sup>84</sup>. Conforme a estos estándares, el derecho a un medio ambiente sano no debe ser menoscabado por la dimensión de desarrollo económico, sino que debe ser garantizado. Por tanto, existen obligaciones que deben ser cumplimentadas por los Estados.

En similar sentido, los Estados miembros de la OEA han considerado que el medio ambiente sano es un principio primordial de la integración regional. El preámbulo de la Carta Democrática Interamericana reconoce que «un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política». A su vez, el artículo 15 de ese instrumento afirma que «es esencial que los Estados del hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente que respeten los diversos tratados y convenciones, a fin de lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones. La Asamblea General de la OEA ha emitido sendas resoluciones instando a los Estados de la región a promover el derecho a un medio ambiente sano, como un componente prioritario de sus políticas de desarrollo y con el fin de combatir el cambio climático»<sup>85</sup>.

Los aspectos ambientales recogidos en estos principios generales del derecho internacional han sido implementados dentro del sistema africano. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos señala que el derecho a un medio ambiente sano impone a los Estados la obligación de adoptar medidas razonables para prevenir la contaminación y la degradación ecológica; promover la conservación y asegurar un desarrollo y uso de los recursos naturales ecológicamente sostenibles, así como supervisar y fiscalizar proyectos que pudieran afectar el medio ambiente<sup>86</sup>.

En el sistema universal, el Comité DESC ha señalado que las actividades relacionadas con el desarrollo pueden provocar la pérdida, por esas poblaciones, de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, lo que puede tener un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones<sup>87</sup>.

Por su parte, la propia Corte IDH ha reconocido que las comunidades que sufren de la desposesión de sus territorios indígenas y tribales también son perjudicadas por los daños que se le ocasionan

83 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, principio 8.

84 Asamblea General, Resolución 70/1, «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible», 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1, preámbulo y párrs. 3, 8, 9, 10, 33, 35 y 67.

85 Véase, por ejemplo, las resoluciones «Derechos humanos y medio ambiente AG/RES. 1926 (XXXIII-O/03)», que reconoce la creciente importancia que se le asigna a la necesidad de administrar el medio ambiente en una forma sostenible para promover la dignidad y el bienestar humanos; «Derechos humanos y cambio climático en las Américas AG/RES. 2429 (XXXVIII-O/08)», que reconoce la estrecha relación entre la protección al medio ambiente y los derechos humanos y destaca que el cambio climático produce efectos adversos en el disfrute de los derechos humanos; «Programa interamericano para el desarrollo sostenible AG/RES. 2882 (XLVI-O/16)», que reconoce las 3 dimensiones del desarrollo, en línea con la agenda 2030 y la Declaración de Río: Económica, Social y Ambiental, de carácter «integrado e indivisible», para lograr el desarrollo, erradicar la pobreza y promover la igualdad, la equidad y la inclusión social.

86 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Social and Economic Rights Action Center et. al. versus Nigeria, comunicación 155/96. Decisión del 27 de octubre de 2001, párrs. 52 y 53.

87 Comité DESC, Resolución E/C.12/2000/4, «Observación General n.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)», 22.º período de sesiones, 11 de mayo de 2000.



al mismo territorio. En consecuencia, la Corte ha opinado que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la conservación y protección de su medio ambiente, así como la capacidad productiva de sus territorios y recursos naturales<sup>88</sup>.

La CIDH también ha señalado que, tratándose de pueblos indígenas y tribales, la protección de los recursos naturales e integridad ambiental de los territorios ancestrales es necesaria para garantizar derechos fundamentales de sus miembros, que resultan directamente afectados por la contaminación, la deforestación, la contaminación de las aguas, u otros tipos de daños ambientales. Al respecto, la propia CIDH ha definido los recursos naturales como:

[...] sustancias que existen naturalmente en la Tierra. Los recursos naturales son valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales<sup>89</sup>.

En este sentido, el Estado está obligado a adoptar acciones preventivas y positivas para garantizar un medio ambiente que no comprometa la capacidad de las personas indígenas de ejercer su derecho a la vida, la dignidad, la integridad personal, la salud, etc.<sup>90</sup>.

No se puede desvincular el derecho al territorio del derecho al uso y al disfrute de los recursos naturales, sobre los cuales los pueblos y las comunidades generan patrones de uso y ocupación ancestral<sup>91</sup>.

La preservación del territorio y de estos recursos implica la futura subsistencia de los pueblos y comunidades. Así, el deber de los Estados de garantizar el acceso a una vida digna (incluyendo su proyecto de vida) comprende la protección de la estrecha relación que mantienen con la tierra y sus recursos, tanto en su dimensión individual como colectiva<sup>92</sup>. De conformidad con esta línea de interpretación, esta Corte, en el caso Xakmok Casek, dispuso como medida de reparación que el Estado prevenga la deforestación, asegure los sitios culturalmente importantes para las comunidades y evite que la explotación del territorio dañe la zona o los recursos naturales que en ella existan<sup>93</sup>.

Entonces, la existencia de una posible afectación hacia los derechos de los pueblos indígenas en cuestión determina que deban analizarse estos principios esenciales, ordenadores del marco jurídico ambiental, que inciden en sus propios derechos. En efecto, el trasfondo programático del ordenamiento ambiental concibe la existencia de reglas, mandatos y/o postulados esenciales para los derechos básicos de un pueblo indígena. En ese sentido, el principio de precautorio y de prevención cobra real vigencia al momento de analizar el presente caso.

88 Corte IDH. Caso comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros versus Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C n.o 305, párr. 293, y caso comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros versus Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C n.o 304, párr. 346.

89 CIDH. «Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», OEA/Ser. L/V/II.Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 41.

90 Idem, párr. 194.

91 CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni versus Nicaragua. Referidos en Corte IDH: caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni versus Nicaragua, op. cit., párr. 140(a).

92 Corte IDH. Caso comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay, op. cit., párr. 163, y caso pueblos Kaliña y Lokono versus Surinam, supra. párr. 181.

93 Corte IDH. Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek versus Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C n.o 214, párr. 291.



En la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo (en adelante, Declaración de Río), se establecieron 27 principios fundamentales concernientes a las actividades económicas del hombre en favor de las generaciones futuras. Por ello, y en diversos países industrializados, se dispuso como eje central el desarrollo sostenible concretado en objetivos gubernamentales en cada Estado. A través de dichos principios, y de manera interna, cada Estado deberá adoptar medidas conducentes en la protección del medio ambiente, condicionados a las necesidades y particularidades que sus pueblos manifiestan, todo esto enmarcado por la estructura principista de la Declaración de Río. Uno de los principios con mayor fuerza aplicativa para los Estados es el número 15, mediante el cual se describe el principio precautorio:

#### Principio 15

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el **criterio de precaución** conforme a sus capacidades. **Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente** (subrayado propio).

En el derecho nacional, este mandato se ve positivizado a través de la Ley General del Ambiente (en adelante, LGA), que establece un marco jurídico sobre las actividades que inciden en los recursos naturales y el medio ambiente, y, por ende, en la vida y la integridad de los pueblos indígenas, más aun si se trata de los PIACI. Estos artículos son:

#### Título preliminar

##### Artículo VI-Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación que corresponda.

##### Artículo VII-Del principio precautorio

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible. La falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

Asimismo, el principio precautorio ha sido consagrado en el numeral 3 del artículo 43 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado mediante Decreto Supremo n.o 038-2001-AG:

43.3 En caso de existir indicios razonables de la existencia de grupos humanos en aislamiento voluntario o de contacto inicial o esporádico, el dispositivo de creación del Área Natural Protegida salvaguarda sus derechos de propiedad y otros derechos adquiridos.

En virtud de este principio es que no se requiere probar la existencia, de manera fehaciente, de daños concretos a estos pueblos indígenas altamente vulnerables, sino que basta el riesgo de afectación o indicios razonables para que se adopten medidas de protección a su favor.

El desarrollo de actividades económicas incide en grupos especialmente vulnerables, como los PIACI de la RTKNN. Los artículos 5.c de la Ley n.o 28736 y el artículo 35 de su Reglamento, como ya se ha expuesto, habilitan la posibilidad de otorgar derechos de explotación sobre territorios de los PIACI, lo que pone en peligro la vida y la integridad de estos pueblos, porque con el desarrollo de actividades económicas se dan las incursiones de terceros no autorizados por los PIACI en sus territorios. Con esas incursiones hay más posibilidades de contacto con los PICI y con los pueblos, más allá de las actuales amenazas descritas en el apartado 4.4.



La historia de los pueblos en contacto inicial Nahua y Nanti dan cuenta de las graves consecuencias del contacto. Con respecto al origen del brote de las enfermedades infecciosas EDA y IRA, descritas en el apartado 4.4.1.b, el «Análisis de situación de salud del pueblo Nanti del Alto Camisea-2014» (en adelante, ASIS 2014), de setiembre de 2014, demuestra lo siguiente<sup>94</sup>:

Brote de EDA en Montetoni, diciembre 2006-enero 2007

[...]

El brote afectó, principalmente, a la localidad de Montetoni, donde ocasionó aproximadamente **ocho muertes en adultos y muchos enfermos en Malanksiari**. Son pocos los adultos que enfermaron de gravedad.

El equipo ASIS ha documentado **nueve muertes, de las que siete son varones y dos mujeres**. El rango de edad es desde los nueve meses hasta los 65 años, la mediana es de 30 años. Solo dos casos son niños (nueve meses y dos años). No se cuenta con información del total de población afectada.

Los cuadros de EDA fueron descritos por la población como: de **aparición súbita con rápido desarrollo a la gravedad**; diarrea acuosa, sin sangre, vómitos en algunos casos; calambres musculares particularmente en las pantorrillas por deshidratación; los enfermos sobrevivientes se recuperaron relativamente pronto; los casos se presentaron en unidades residenciales que afectaron a familias (subrayado propio).

Brote de EDA, octubre-noviembre 2013

[...]

El caso índice correspondió a un niño de cuatro años de edad, procedente de la localidad de Sagonduari. Sus síntomas comenzaron el 14/10/2013.

**El lugar probable de infección fue en la comunidad Matsigenka de Cashiriari.**

El **brote afectó a 101 personas**, de los cuales el 51.5 % fueron del sexo masculino y el 58.4 %, población mayor de cinco años (subrayado propio).

De lo citado, los brotes de estas enfermedades infecciosas, que se configuraron como la principal causa de muerte entre 1984-2014<sup>95</sup>, aparecieron de manera súbita y por vía de una comunidad colindante. Se concluye que las enfermedades o riesgos colindantes al territorio de la RTKNN son riesgos de afectación para los PIACI de dicha reserva.

Con la investigación entre los pobladores sobre cuáles fueron las fuentes de las infecciones y/o enfermedades, el ASIS 2014 estableció como hechos ciertos los siguientes:

Como cada uno de los brotes de EDA, que han tenido elevadas tasas de ataque en el Alto Camisea, este fue originado fuera de la RTKNN, lo que afectó a la población Matsigenka-Nanti. La información epidemiológica comprueba que la situación hallada en el 2003, de frecuentes brotes de EDA que se replicaron poco después en los asentamientos Matsigenka-Nanti con altas tasas de ataque, no ha desaparecido de la región del Bajo Urubamba. **Este hecho deja ver con claridad que la situación de riesgo de contagio masivo entre la población de contacto reciente se mantiene en pie** (subrayado propio)<sup>96</sup>.

94 Ministerio de Salud (2014). *Análisis de situación de salud del pueblo Nanti del Alto Camisea*. Lima: Cafsol de Florentina Guerrero Jaimes, pp. 86-90.

95 Nota informativa N° 006-2018-CDC/MINSA.

96 Ídem, pág. 91.

Como se puede apreciar, las áreas colindantes también generan un espacio de contagio potencial, que incrementa los casos de enfermedades graves y muertes en la zona. Esto se agrava por las relaciones limitadas que empiezan a mantener los nanti del Alto Camisea, debido al cambio en su cultura y forma de vida ante nuevos elementos en su universo social, Estas relaciones implican un contacto sin protocolos de salud ni pertinencia cultural que agrava su situación. Así, el ASIS 2014 señala:

En 2003 el entonces líder de Montetoni indicó, con precisión al equipo del ASIS, que las enfermedades llegaban de abajo y que estas eran traídas, como portadores y trasmisores, principalmente por la gente que bajaba y regresaba (OGE 2004:96-98). Esta afirmación era producto de sus análisis de las ocasiones en que habían surgido los últimos brotes de EDA e IRA en el Alto Camisea, cuando ya los Matsigenka-Nanti habían establecido relaciones limitadas con el mundo exterior. (Ministerio de Salud, 2014)<sup>97</sup>.

Con respecto a los nahua, a través del «Análisis de situación de salud del pueblo Nahua de Santa Rosa de Serjali en la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros-2017» (en adelante, ASIS 2017), se recopilaron datos anteriores y posteriores al contacto, respecto del proyecto Camisea, que daban cuenta de cambios modélicos entre las costumbres médicas en el tratamiento de enfermedades acaecidas en el cuerpo y espíritu de los pobladores. Así lo detalla el testimonio de uno de ellos:

Las enfermedades llegaron después de que salimos del monte. Los mestizos habían quemado chaquiras de plástico y espejos, y así es como las enfermedades nos atraparon. Hoy día las enfermedades vienen de los fuegos y el humo de los pozos petrolíferos, y las fábricas de Lima que llegan a Sepahua empujados por el viento. Desde Sepahua llegan a Serjali. (Ministerio de Salud, 2017)<sup>98</sup>.

Según este testimonio, antes del inicio del proyecto Camisea, las enfermedades que se originaban al interior de la comunidad eran fácilmente tratadas a través del uso de plantas medicinales que los nahuas cultivaban, pero después del establecimiento de Camisea empezaron a producirse dificultades en los métodos de curación, incluso con los remedios tradicionales para el tratamiento de males espirituales relacionados con el yoshi y el feroyoshi<sup>99</sup>. Así, manifestaron:

Cuando se les pregunta por qué no utilizaron esos remedios para curar las epidemias que padecieron después del contacto, los nahua contestan que sí lo intentaron, pero incluso los que tenían suficiente energía para ir a buscar las plantas al bosque se dieron cuenta rápidamente de que no surtían efecto contra esos raopai, fuertes venenos o enfermedades, ya que eran claramente diferentes de todo lo que habían experimentado antes<sup>100</sup>.

La dispersión del contagio de estos males, según lo manifestado, podría deberse a la transmisión que el viento generaba en sus espacios de vida:

No comprendían de dónde venían estas extrañas y graves enfermedades, pero pensaban que de alguna manera el viento las había empujado desde corriente abajo.

97 Citado en: Ministerio de Salud (2014). «Análisis de situación de salud del pueblo Nanti del Alto Camisea. Lima: Cafsol de Florentina Guerrero Jaimes, p. 99.

98 Ministerio de Salud (2017). «Análisis de situación de salud del pueblo nahua de Santa Rosa de Serjali en la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros-2017», p. 52.

99 «Asimismo, dicen que incluso heridas como las que sufrían en sus enfrentamientos con los madereros se curaban fácilmente, sin infectarse. Dicen que el tratamiento consistía simplemente en verter agua hirviendo sobre la herida. Sin embargo, piensan que en los últimos años los casos de otras enfermedades infecciosas han aumentado, por ejemplo, los casos de tuberculosis. El primer caso se registró hacia el año 2001: un hombre joven que volvía de servir en las fuerzas armadas». Ministerio de Salud (2017). Op. cit., p. 53.

100 Ministerio de Salud (2017) Op. cit., p. 54.



En la actualidad mantienen la teoría de que el viento, y por tanto el aire, es uno de los principales portadores de enfermedades. Dicen que la mayoría de los problemas de salud más recientes, incluidos los elevados niveles de contaminación por mercurio, se debe a las frecuentes llamaradas de gas con las que se suelta presión del gasoducto de Camisea, que es la única fuente de contaminación industrial que hay en la región. (Ministerio del Ambiente, 2017)<sup>101</sup>

Estas nuevas enfermedades se agravan por el estilo de vida sedentario. Esto origina en ellos deficiencias en su sistema inmune:

[...]. La transición a un estilo de vida sedentario basado en la agricultura lleva asociada una serie de procesos epidemiológicos, ecológicos y sociales, cuyo efecto sinérgico es una mayor presión de los agentes infecciosos sobre la población humana. Dichos procesos no solo facilitan la reproducción y transmisión de patógenos, sino que también reducen la resistencia a enfermedades debido al estrés nutricional. (Alexiades 1999, 365)<sup>102</sup>

La intromisión de agentes externos no previstos en la vida de los nahua agravará la situación vulnerable de ellos, y considerarán aún peor el otorgamiento de nuevos derechos de explotación sobre recursos naturales ubicados en la RTKNN.

Es más, queda comprobado desde el primer contacto con los nahua:

Los nahua dicen que tampoco habían experimentado nunca la [tos atroz], los problemas respiratorios ni las intensas fiebres que les sobrevinieron inmediatamente después del primer contacto. Esta observación es corroborada por el hecho de que sabemos que los estilos de vida seminómada, las bajas densidades de población y el vivir en aislamiento voluntario, como era el caso de los nahua en el momento del primer contacto, en la década de 1980, restringen la transmisión de ciertas enfermedades infecciosas (Coimbra, 1988). [...]. Hoy en día el contacto ha empujado a los nahuas a un mundo de nuevas enfermedades a las que quedan directamente expuestos<sup>103</sup>.

Entonces, con la aplicación de las normas referidas (artículo 5.c de la ley y 35 de su reglamento) se concibe un escenario donde se agravarían las afectaciones a la integridad, salud y vida de los pueblos en contacto inicial Nahua y Nanti. Con respecto a los pueblos en aislamiento, los pondría en riesgo de extinción.

Por lo visto líneas precedentes, el Estado debiera establecer medidas conducentes para salvaguardar las condiciones de salud de las poblaciones indígenas. Es en ese sentido que el principio de prevención asume relevancia para establecer políticas de mitigación a los daños generados. Aun así, no se han demostrado las causas que ocasionan esas enfermedades. Además, es obligación internacional del Estado hacerse responsable por las medidas conducentes a proteger, velar y mitigar las degradaciones relacionadas con el medio ambiente y, por ende, con la vida de estos pueblos. Por ello, no se deben aplicar las normas referidas, a fin de salvaguardar la subsistencia de los PIACI de la RTKNN.

101 Citado en: Ministerio de Salud (2014). «Análisis de situación de salud del pueblo Nanti del Alto Camisea». Lima: Cafsol de Florentina Guerrero Jaimes, p. 54.

102 Ministerio de Salud (2017). Op. cit., p. 54.

103 Citado en: Ministerio de Salud (2014). «Análisis de situación de salud del pueblo Nanti del Alto Camisea». Lima: Cafsol de Florentina Guerrero Jaimes, p. 56.



## 7. El deber de las autoridades peruanas con función jurisdiccional de ejercer el control de convencionalidad

A la luz del marco constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, las obligaciones en materia de derechos humanos tienen carácter vinculante, y se incorporan al derecho interno a través del llamado bloque de constitucionalidad, el cual sirve como parámetro de control que los órganos jurisdiccionales deben ejercer al evaluar la compatibilidad de una norma con la Constitución. El bloque de constitucionalidad parte del supuesto de que «las normas constitucionales no son solo aquellas que aparecen expresamente en la Carta, sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional, pero a los cuales la propia Constitución remite»<sup>104</sup>.

De acuerdo con Humberto Nogueira, el bloque de constitucionalidad está compuesto por:

[...] el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de *jus cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH<sup>105</sup>.

En consonancia con lo señalado, en el ordenamiento peruano existen normas que sirven de base para incorporar e interpretar los instrumentos de derecho internacional vinculantes, a saber: los artículos 55 y 138, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, así como el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El artículo 55 de la Constitución prescribe que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

[...] Si bien el artículo 55 de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y las libertades reconocidas por la Constitución. Por lo tanto, los tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 de la Constitución–,

104 Uprimny, Rodrigo (2007): «El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal». Reimpresión de la primera edición, en compilación jurisprudencial y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, vol. 1.

105 Nogueira, Humberto (2015). «Los estándares de derechos humanos y el control de convencionalidad en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno en su jurisprudencia de 2014». Universidad de Talca. *Ius et praxis*, vol. 21, núm. 1, pp. 653-676.





sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa<sup>106</sup>.

Ese artículo, a consideración del Tribunal Constitucional, establece el principio de aplicación directa de los tratados y el rango constitucional de los tratados de derechos humanos. El mismo Tribunal ha señalado que el control de convencionalidad se aplica en razón del artículo constitucional antes mencionado y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, ya que las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos contenidas en tratados forman parte del derecho interno y, a su vez, ocupan rangos constitucional, lo que obliga a los órganos jurisdiccionales a adecuar sus decisiones a los parámetros determinados, no solo por la Constitución, sino también por los establecidos en los tratados internacionales.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución señala que «[...] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior». De acuerdo con lo manifestado, dicha norma debe interpretarse en consonancia con el llamado bloque de constitucionalidad y, a su vez, con las normas internacionales que obligan al Estado peruano, que incluye la CADH.

La obligación de los jueces de adecuar sus decisiones al cuerpo normativo internacional al que se ha sometido el Estado puede articularse con el control de constitucionalidad al que se refiere el segundo párrafo del artículo antes mencionado. Sobre este particular, se ha señalado que:

En el ordenamiento peruano, el control de convencionalidad se identifica con el control de constitucionalidad, porque el juez constitucional utiliza el canon interamericano como parámetro de control en los procesos que involucran un examen de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y de las omisiones legislativas. Bajo este criterio, el control de convencionalidad, que se lleva a cabo en el ordenamiento nacional, se guía por las pautas del principio de jerarquía, que es el sustento del control de constitucionalidad. De esta forma, el contenido del canon interamericano se hace parte del concepto de «constitución» y los efectos del examen de convencionalidad son los mismos que se derivan de un examen de constitucionalidad [...], también los distingue el hecho que el juez interamericano realiza un examen basado en el principio de primacía, mientras que el juez constitucional lo hace bajo la lógica del principio de jerarquía. Asimismo, los instrumentos del SIDH no pueden catalogarse como «constitución interamericana»<sup>107</sup>.

Si bien el control de convencionalidad no se equipara a la obligación de los jueces de ejercer control de constitucionalidad, existe una relación entre ambas, debido a que son obligaciones complementarias de los operadores jurídicos, que coadyuvan al mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Al respecto, en la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú, la Corte IDH manifestó que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad», ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco

106 Tribunal Constitucional. Exp n.º 047-2004-AI/TC. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Del 24 de abril de 2006.

107 TORRES, Natalia. El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias). Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho. Lima, 2012.



implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones<sup>108</sup>.

En consonancia con lo antes señalado, el artículo V del Código Procesal Constitucional establece que «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con (d) las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte». Se añade la jurisprudencia de derecho internacional como parte del parámetro sobre el cual se aplicará el control de convencionalidad. Al respecto, el TC ha manifestado que el criterio de interpretación que señala tanto la CDFT como el artículo V del CPC «comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos»<sup>109</sup>.

Las normas antes mencionadas, así como la línea jurisprudencial que ha desarrollado el Tribunal Constitucional, corresponden a los instrumentos de derecho interno en los que deben basarse los jueces para aplicar los tratados de derechos humanos. Estos dotan de contenido al bloque de constitucionalidad y son base para la aplicación del control de convencionalidad.

En relación con lo señalado, el Estado peruano no solo se encuentra obligado por la CADH, sino también por la jurisprudencia de la Corte IDH, así como por las sentencias que emite la misma, en referencia expresa a las sentencias de los casos La Cantuta y Barrios Altos. Sobre ello, en sede nacional, el Tribunal Constitucional ha manifestado que las sentencias de la Corte IDH resultan vinculantes:

Para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo eso sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde o, a este Tribunal<sup>110</sup>.

108 Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

109 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en expediente n.o 04587-2004-AA/TC, 15 de febrero de 2006, fj. 44.

110 Tribunal Constitucional. Exp. n.o 2730-2006-PA/TC, fundamento 12. Sentencia emitida el 21 de julio de 2006. Disponible en <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.pdf>.



## 8. Conclusiones y/o recomendaciones

Sobre la base de lo expuesto, se concluye lo siguiente:

1. Los PIACI de la RTKNN se encuentran en un estado de salud crítica y expuestos a presiones territoriales por agentes del Estado y privados que ponen en riesgo sus derechos básicos a la vida y la integridad.
2. El territorio de estos pueblos forma parte fundamental de su cultura y cosmovisión y, sobre todo, considerando su estado de vulnerabilidad, es garantía de su subsistencia, basada en los recursos naturales del interior de la RTKNN.
3. Los PIACI de la RTKNN tienen garantizado el derecho previo a un territorio integral e intangible, a través del Decreto Supremo n.o 028-2003-AG.
4. Los artículos 5.c de la Ley n.o 28736 y 35 de su reglamento son inconstitucionales e inconvenientes, por afectar los derechos a la vida, la integridad, la salud y el territorio, que están consagrados en la Constitución Política del Perú y en instrumentos y jurisprudencia internacional. Dejan abierta la posibilidad de desarrollar actividades económicas en los territorios PIACI, lo que traería graves consecuencias en los derechos mencionados con anterioridad.
5. La aplicación de estas normas vulneraría los derechos mencionados, además de vulnerar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, que son de carácter vinculante.
6. El control de convencionalidad y el control de constitucionalidad son obligaciones complementarias de los operadores jurídicos que coadyuvan al mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Por estas razones, las organizaciones firmantes recomendamos al honorable Tribunal que, a razón del ejercicio del control de convencionalidad, inaplique los artículos 5.c de la Ley n.o 28736 y el artículo 35 del Reglamento de la referida ley, porque impide el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales del Estado peruano en general.

### POR TODO LO EXPUESTO

Señor presidente de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, solicitamos respetuosamente se tenga presente el *amicus curiae* expuesto y sea tomado en consideración al resolver la presente causa.

Lima, 14 de junio de 2019





