CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE ALZAMORA VALDEZ,
Asistente Judicial (notificaciones):TORRES LIVIA ERIKA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 04/07/2019 11:50:28,Razón: NOTIFICACIÓN JUDICIAL,D.Judicial: LIMA / LIMA-FIRMA DIGITAL
PODER JUDICIAL DEL PERU

PODER JUDICIAL DEL PERU
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
LIMA
Sede Alzamora Valdez
Esq. Abancay y Colmena S/N Cercado de Li

CEDULA ELECTRONICA

04/07/2019 11:50:26

Número de Digitalización
0000454964-2019-ANX-JR-CI

42019238414201432365180113200042

NOTIFICACION N°238414-2019-JR-CI

EXPEDIENTE	**32365-2014-0-1801-JR-CI-04**	JUZGADO	4° JUZGADO CONSTITUCIONAL
JUEZ	MACEDO CUENCA, JUAN RICARDO	ESPECIALISTA LEGAL	ACUÑA ESPINOZA, IVAN FERRER
MATERIA	ACCION DE AMPARO		

DEMANDANTE : ZEBELIO KAYAP JEMPEKIT Y OTROS ,
DEMANDADO : PERUPETRO ,

DESTINATARIO MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

DIRECCION : **Dirección Electrónica - N°14210**

Se adjunta Resolución DIECISÉIS de fecha 11/06/2019 a Fjs : 3
ANEXANDO LO SIGUIENTE:
RES 16

CO-12-2015
Posrol

4 DE JULIO DE 2019

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE ALZAMORA VALDEZ,
Juez:MACEDO CUENCA JUAN RICARDO Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 10/06/2019 16:48:09,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: LIMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE ALZAMORA VALDEZ,
Secretario:ACUÑA ESPINOZA Ivan Ferrer FAU 20159981216 soft
Fecha: 14/06/2019 11:47:22,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: LIMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

Juzgado Constitucional 4° de Lima.

Expediente n° 32365-2014.

Demandante: Zebelio KAYAK JEMPEKIT, Santiago MANUIN VALERA, Wrays PÉREZ RAMÍREZ, Ananías SHAWIT KASEN.

Demandado: 1.)-MINEM: Ministerio de Energía y Minas: Ministro.

2.)-MEM: Ministerio de Energía y Minas: Procurador Público.

3.)-PERÚPETRO, S.A.

Litisconsortes:

3.)-Maruel et Prom Perú, SAC, y

4.) Pacific Stratus Energy, S.A., Sucursal del Perú.

*Vía procesal: Constitucional: **Amparo.***

Temas: medio ambiente, consulta previa y consentimiento de pueblos Awajún y Wampis, comunidades nativas, Amazonía, Convenio 169 OIT, exploración y explotación de hidrocarburos, Lote 116, de Sala Civil 2ª.

Resolución n° 16; Lima, ***07 junio 2019.***

Atendemos escrito: Demandamte, del 11 Feb. 2019.

I.- Fundamentos.

1.) La sala revisora ha remitido el expediente luego que:

-el juzgado con **SENTENCIA** declaró **Fundada** la demanda, y resolvió lo siguiente:

2.)-Ordenamos la nulidad del D.S. n° 066-2006-EM, que aprobó la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116, y de la R.D. n° 283-2011-MEM/AAE, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar **2 pozos exploratorios**.

3.)-Ordenamos la suspensión de las actividades de exploración del Lote 116 que se estén realizando o se vayan a realizar en las provincias de Condorcanqui, Bagua (Amazonas) y Datem del Marañón (Loreto) hasta que se realice un debido procedimiento de consulta previa.

4.)-Ordenar al Ministerio de Energía y Minas y PERÚPETRO que, en caso de suscribir un nuevo contrato de licencia de exploración y en su momento realizar un nuevo EIA, estos deben ser consultados y se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados.

5.)-Ordenar al Ministerio de Energía y Minas y PERÚPETRO dispongan el retiro de Maruel et Prom Perú y Pacific Stratus Energy Sucursal Perú del territorio de los pueblos indígenas Demandantes y de otra empresa que esté operando con ellos en virtud del Contrato de Licencia, mientras no se lleve a cabo el proceso de consulta, incluso el retiro de entidades o empresas que de manera directa o indirecta patrocinan los intereses de las empresas antes mencionadas.

-la sala revisora **CONFIRMÓ en parte**, pero **REVOCÓ en los extremos** de la decisión 2, 3, 4 y 5, y **ORDENÓ:**

1.)-Suspensión de la vigencia del D.S. N° 066-2006-EM, que aprobó la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116, y de la R.D. N° 283-2011-MEM/AAE, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar **2 pozos exploratorios**.

2.)-Suspensión de las actividades de exploración del Lote 116 que se estén realizando o se vayan a realizar en las provincias de Condorcanqui, Bagua

(Amazonas) y Datem del Marañón (Loreto) **hasta que se realice y culmine un debido procedimiento de consulta previa** respetando el debido procedimiento con la participación de las comunidades nativas asentadas en el área de influencia de dichas provincias.

3.)-Ordenaron al **Ministerio de Energía y Minas** y **PERÚPETRO S.A.** que se realice un nuevo Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar **2 pozos**, el mismo que deberá ser consultado y obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados junto con la consulta previa de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116.

4.)-Ordenaron al **Ministerio de Energía y Minas** y **PERÚPETRO S.A** disponga la **suspensión de actividades exploración y explotación** en su caso, de **Maruel et Prom Perú** y **Pacific Stratus Energy Sucursal Perú y/o de sus sucesores**, de ser el caso, en el área de influencia del territorio de los pueblos indígenas Demandantes y de cualquier otra empresa que esté operando con o para ellos en virtud del Contrato de Licencia que se suspende, mientras no se lleve a cabo el proceso de consulta, incluso la suspensión de actividades de entidades o empresas que de manera directa o indirecta patrocinen los intereses de las empresas antes mencionadas.

2.) Por lo tanto corresponde dar inicio a la ejecución de sentencia.

ACTO PROCESAL -*0,459*-2019– (post).–cooperación auxiliar Especialista ACUÑA.

II.- Decisión:

1.) **CUMPLASE** con lo ejecutoriado por la Segunda Sala Civil de Lima.

2.) **DAMOS INICIO A LA EJECUCIÓN** de la sentencia.

3.) **Ordenamos a las ENTIDADES DEMANDADAS** para que, **CUMPLAN con:**

-Suspender la vigencia del D.S. N° 066-2006-EM, que aprobó la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116, y de la R.D. N° 283-2011-MEM/AAE, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar **2 pozos exploratorios**.

-Suspender las actividades de exploración del Lote 116 que se estén realizando o se vayan a realizar en las provincias de Condorcanqui, Bagua (Amazonas) y Datem del Marañón (Loreto) **hasta que se realice y culmine un debido procedimiento de consulta previa** respetando el debido procedimiento con la participación de las comunidades nativas asentadas en el área de influencia de dichas provincias.

4.) **Ordenamos** al **Ministerio de Energía y Minas** y **PERÚPETRO, S.A.** que se realice un nuevo Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar **2 pozos**, el mismo que deberá ser consultado y obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados junto con la consulta previa de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116.

5.) **Ordenamos** al **Ministerio de Energía y Minas** y **PERÚPETRO, S.A.** disponga la **suspensión de actividades exploración y explotación** en su caso, de **Maruel et Prom Perú** y **Pacific Stratus Energy Sucursal Perú y/o de sus sucesores**, de ser el caso, en el área de influencia del territorio de los pueblos indígenas Demandantes y de cualquier otra empresa que esté operando con o para ellos en virtud del Contrato de Licencia que se suspende, mientras no se lleve a cabo el proceso de consulta, incluso la suspensión de actividades de entidades o empresas que de manera directa o indirecta patrocinen los intereses de las empresas antes mencionadas.

6.) **Ordenamos a las ENTIDADES DEMANDADAS** para que, en el plazo **DIEZ DÍAS (10)**, **CUMPLAN** con **INFORMAR las acciones administrativas y las**

gestiones realizadas respecto del mandato judicial ordenado, **lo cual debe demostrarlo en forma fehaciente** en este proceso.

7.) **De** incumplir la orden judicial:
-Impondremos la multa que será pagadas por las Entidades Demandadas y a los funcionarios encargados en forma solidaria, y
-Remitiremos copias al Ministerio Público, Fiscalía provincial penal de turno, para que ejerza sus atribuciones legales contra las citadas Entidades Demandadas y funcionarios.

8.) **Al pedido de los Demandantes**, estese a lo resuelto en la presente resolucion.

9.) **Para la eficacia** de la presente resolución disponer además la notificación a las Entidades Demandadas en su domicilio real:
→Ministerio de Energia y Minas, Dirección: Av. Las Artes Sur N° 260 - San Borja.
→PERÚPETRO, S.A, Dirección: Av. Luis Aldana N° 320, distrito San Borja.

REPÚBLICA DEL PERÚ
PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL

EXPEDIENTE N° 32365-2014-0-1801-JR-CI-04

RESOLUCIÓN N° 18.
Lima, tres de marzo
de dos mil dieciocho.

VISTOS: Interviniendo como Juez Superior Ponente el Señor **Tapia Gonzales** y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, es materia de grado la **SENTENCIA** contenida en la Resolución N° 13, de fecha 28 de marzo de 2017 (fs. 1839 a 1873), que declara: **1) Fundada** la demanda de amparo, por vulneración del derecho de participación ciudadana (consulta previa y consentimiento) de las comunidades nativas representadas por los demandantes, debido a que las entidades estatales demandadas omitieron realizar el procedimiento de consulta previa, y por amenaza a los derechos constitucionales de territorio, salud, identidad cultural, y de vivir en un ambiente sano y equilibrado; con el pago de costos. **2) Ordena** la nulidad del D.S. N° 066-2006-EM, que aprobó la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116, y de la R.D. N° 283-2011-MEM/AAE, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar **2 pozos exploratorios**. **3) Ordena** la suspensión de las actividades de exploración del Lote 116 que se estén realizando o se vayan a realizar en las provincias de Condorcanqui, Bagua (Amazonas) y Datem del Marañón (Loreto) hasta que se realice un debido procedimiento de consulta previa. **4)** Ordena al Ministerio de Energía y Minas y PERÚPETRO que, en caso de suscribir un nuevo contrato de licencia de exploración y en su momento realizar un nuevo EIA, estos deben ser consultados y se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados. **5)** Ordena al Ministerio de Energía y Minas y PERÚPETRO dispongan el retiro de Maruel et Prom Perú y Pacific Stratus Energy Sucursal Perú del territorio de los pueblos indígenas demandantes y de otra empresa que esté

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

operando con ellos en virtud del Contrato de Licencia, mientras no se lleve a cabo el proceso de consulta, incluso el retiro de entidades o empresas que de manera directa o indirecta patrocinen los intereses de las empresas antes mencionadas. **6)** Declara **improcedentes** las cuestiones previas y la tacha. **7)** Declara **infundadas** las excepciones e **infundados** los pedidos de improcedencia de la demanda.

SEGUNDO: Agravios de la Sentencia apelada:

Que, mediante escrito de fojas 1882 a 1907, **la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Energía y Minas** sustenta su recurso de apelación disgregándola en una pretensión impugnatoria principal y dos pretensiones impugnatorias subordinadas. Básicamente, sostiene lo siguiente: **a)** que el Juez es incompetente territorialmente de manera improrrogable en el proceso materia de autos pues el lugar de la afectación estaría ubicado en Amazonas y Loreto y el domicilio de la comunidad afectada también estaría en dicho lugar; **b)** de no proceder lo primero correspondería revocar la sentencia apelada al ser improcedente en razón de: **i)** haberse interpuesto fuera del plazo de prescripción extintiva pues los dispositivos cuestionados conformados por un Decreto Supremo y una Resolución Directoral fueron expedidos en los años 2006 y 2011, respectivamente habiendo transcurrido en exceso los 60 días que prevé el artículo 44° del Código Procesal Constitucional; **ii)** porque existen vías procedimentales especificas igualmente satisfactorias para la protección de los derechos invocados y el proceso de amparo no resulta idóneo para resolver la controversia planteada en la demanda materia de autos en tanto existe la vía contenciosa administrativa que posee estación probatoria, como lo autoriza el artículo 148 de la Constitución; **c)** se declare infundada la demanda pues: **i)** no toda medida gubernamental debe ser consultada a los pueblos indígenas sino solo aquellos que les afectan directamente como lo señala el artículo 6°, inciso 1, literal a) del Convenio 169 de la OIT; **ii)** el Estado no se encuentra obligado a consultar previamente a las Comunidades Nativas la aprobación del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, debido a que los contratos de licencia solo reconocen derechos exclusivos a un particular sobre un yacimiento y mucho menos implican autorización para el uso de territorios

indígenas.

Por su parte **la codemandada PERUPETRO** mediante escrito de fojas 1909 a 1939, sustenta su recurso de apelación disgregado en tres pretensiones Impugnatorias principales y dos subordinadas, básicamente en que: **a)** No se ha emitido el auto de saneamiento procesal conforme a lo establecido por el artículo 53 del Código Procesal Constitucional; **b)** la sentencia es nula por vulnerar el derecho a la debida motivación al contener incoherencias lógicas en relación a las excepciones y defensas previas propuestas, debiendo las mismas ser declaradas fundadas e improcedente la demanda.; **c)** la sentencia es nula por vulnerar el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales al contener incoherencias lógicas en el razonamiento al momento de pronunciarse sobre la supuesta vulneración al derecho a la consulta previa y demás derechos fundamentales alegados.

Por su parte **los codemandados PACIFIC STRATUS ENERGY DEL PERU S.A.A, y MAUREL ET PROM PERU S.A.C.**, mediante escrito de fojas 1939 a 2006, interponen recurso de apelación disgregándola en una pretensión principal y en otra subordinada, señalando que : **a)** la sentencia es nula por presentar evidentes vicios, de suyo que debe ordenar al A quo, emita nueva resolución. Antes de interponer la presente demanda, los actores acudieron a la vìa administrativa a plantear un pedido de consulta en ejercicio de su derecho de petición regulado en el artículo 9ª del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, reconociendo que la cuestión planteada no era urgente ni irreparable pudiendo iniciar el proceso contencioso administrativo; **b)** que existe un problema de legitimidad pues los demandantes señalan que actúan en representación de 73 comunidades indígenas pero no se precisa cuáles de las 265 comunidades que conforman dichos pueblos serían las titulares de los derechos presuntamente afectados. Además, el área del proyecto de Perforación Exploratoria solo ocupa 2.5 hectáreas cuando todo el Lote 116 posee 658,879 hectáreas siendo imposible que se ponga en peligro a todas las comunidades; **c)** la Ley Nº 29785 de Consulta Previa fue promulgada en el mes de setiembre de 2011entrando en vigencia recién en diciembre del mismo año de modo que no estuvo vigente al momento

FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

de la aprobación del Contrato de Licencia que ocurrió en noviembre de 2006 y la Resolución que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental de octubre de 2011; **d)** existen defectos en la motivación pues el juzgador se pronuncia indistintamente sobre la consulta previa y sobre el derecho a la participación no explicando si ambos derechos son idénticos o la relación entre ellos; tampoco justificó su apartamiento del criterio del Tribunal Constitucional contenido en la sentencia recaída en el expediente Nª 6316-2008-PA/TC (actuación de buena fe de las empresas involucradas) y no tomó en cuenta el cumplimiento por parte de las empresas involucradas de los requisitos legales para las autorizaciones y demás actos administrativos; e) sobre la base de una norma que regula la legitimación extraordinaria amplia para el derecho al medio ambiente, se admite el amparo para derechos difusos como son el de consulta previa, consentimiento previo, territorio, salud, identidad cultural e integridad física, social y cultural. Plantea revocar la sentencia apelada, para que se declare improcedente o infundada la demanda.

TERCERO: De autos se advierte que mediante escrito de demanda de fojas 629 a 701 don **Zebelio Kayak Jempekit**, Presidente de la Organización de Desarrollo de las Comunidades Fronterizas del Cenepa (ODECOFROC), el comunero Awajún, **Santiago Manuin Valera**, Presidente de la Comisión Permanente de los Pueblos Awajún y Wampis; **Wrays Pérez Ramírez**, Presidente de la Comisión Permanente de los Pueblos Awajún y Wampis; y, Ananias Shawit Kasen, presidente de la Federación Indígena Sector Shawit, solicitan **1) se ordene** el cese de la violación de los derechos a la consulta, al consentimiento, al territorio, a la salud, a la identidad cultural, y a vivir en un ambiente sano y equilibrado, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, en la Constitución Política del Perú, y en la jurisprudencia de la Corte IDH; **2) ordenar** al Ministerio de Energía y Minas (MINEM) Y A PERUPETRO S.A., dispongan suspender sus actividades de exploración del lote 116 que se estén realizando o se vayan a realizar en las provincias de Condorcanqui, Bagua y Datem del Marañon, de los departamentos de Amazonas y Loreto, hasta que se realice un proceso de la Consulta Previa, a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades nativas que se encuentran asentadas en el ámbito del lote 116; **3)** se **declare la nulidad** del Decreto Supremo N° 066-2006-EM (que aprobó la suscripción del

contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 116) y de la Resolución Directoral N° 283-2011-MEM/AAE, (que aprobó el Estudio de Impacto ambiental de la exploración de hasta 02 pozos exploratorios), debido a que ambas medidas administrativas no fueron consultadas con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados a pesar de ser aprobadas con posterioridad a 1995, año en el que entra en vigencia el Convenio 169 de la OIT. **4) Ordenar al MINEM y PERUPETRO S.A.** que en caso se decida suscribir un nuevo contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116 y se realice un nuevo Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA), estos deben ser consultados y se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados. **5) Ordenar al MINEM y a PERUPETRO S.A.**, disponga el retiro de la EMPRESA MARUEL ET PROM PERÚ S.A.C., y PACIFIC STRATUS ENERGY S.A. SUCURSAL DEL PERU del territorio de los pueblos indígenas demandantes –y cualesquiera otra empresa que esté operando con ellos en virtud del contrato de licencia- mientras no se realice el proceso de consulta. Dicho retiro también deberá de alcanzar a todas aquellas entidades que de manera directa o indirecta patrocinan los intereses de las empresas antes mencionadas.

CUARTO: **Respuesta a los agravios de las denominadas cuestiones previas y las excepciones deducidas**:

Sobre las denominadas cuestiones previas: La codemandada PERUPETRO S.A., en su recurso de apelación de fojas 1909 a 1939 señala que no se ha emitido el auto de saneamiento procesal conforme a lo establecido por el artículo 53 del Código Procesal Constitucional. Alega además que a diferencia del derecho al medio ambiente (que es un derecho difuso y cuyos titulares somos todos), los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa (Ley N° 29785), de suyo que cualquier persona no podría reclamar por la afectación de dicho derecho, como sí sucede con el medio ambiente. Agrega que el derecho de consulta previa no es un derecho difuso si apreciamos el contenido del derecho de petición de consulta, el Reglamento de la Ley N° 29785 en cuyo artículo 9 se establece que la consulta

FERNANDO VICENTE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

previa se realiza a partir del uso del derecho de petición de los pueblos indígenas quienes a través de sus organizaciones representativas pueden solicitar su inclusión en un proceso de consulta o la realización del mismo, es decir, la titularidad de este derecho (petición de consulta) y la posibilidad de ejercerlo no es de cualquier persona, sino únicamente de los pueblos indígenas a través de sus organizaciones representativas.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que la institución procesal de la **Defensa Previa** (y no cuestión previa) consiste en el presente caso en el cuestionamiento que la parte demandada hace de la oportunidad en que se ha iniciado el proceso, atendiendo a que el demandante debía realizar un acto previo, configurante de una especie de requisito para el ejercicio válido del derecho de acción por el demandante; esta actividad previa estaría prevista regularmente en la norma jurídica, aunque en casos excepcionales puede ser convenida también por las partes.

Que, el interés para ejercitar el derecho de acción o de contradicción se funda en la necesidad de obtener tutela jurídica efectiva del poder jurisdiccional como único medio de solucionar el conflicto de intereses o la situación incierta; cabe referir que el proceso es el medio y el modo con que se tutela el interés por el cual la acción ha sido ejercitada, lo que implica como consecuencia que no existe un fin del proceso distinto de aquél que anima a la parte al proponer la acción.

Que, el término **interés legítimo**, equivale a decir interés legalmente amparable, si se prueba tener la razón; es decir, la acepción de interés legítimo, no es de carácter ético sino jurídico: tiene que accionar o contestarse en función de un interés legalmente posible. Esto conduce a otra conclusión evidente: el interés legalmente amparable debe haber sido estatuido por una norma positiva concreta (o por alguna otra de las fuentes del Derecho reconocidas).

Que, en el caso de autos, los accionantes en su demanda, refieren haberse afectado y violentado el derecho de los pueblos indígenas Awajun y Wampis a la consulta previa, derecho al territorio, a la salud a la identidad cultural, y a vivir en

un medio ambiente sano y equilibrado, derechos consagrados por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, por la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por la Constitución Política del Perú, al haber el MINEM suscrito y aprobado el contrato de licencia de exploración y explotación y la aprobación de la IEA del Lote 116 con PERUPETRO S.A., sin consulta previa, toda vez que el Lote 116 se superpone sobre los territorios ancestrales de las comunidades.

En ese sentido el artículo 40° del Código Procesal Constitucional establece:

> **" Artículo 40.- Representación Procesal**
> (...)
> Asimismo, ***puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente*** u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos (...sic)".

Que, el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, **comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios** en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (*Weltanschauung*), conforme lo señala el Tribunal Constitucional en el fundamento 4 de la STC 00022-2009-AI, de fecha 09 de junio de 2010.

En el caso materia de autos se advierte que los actores, que representan a las comunidades nativas presuntamente afectadas, invocan entre otros la vulneración de su derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, por tanto acreditan legitimidad para accionar en el proceso materia de autos, conforme a la norma acotada.

Respecto a la ausencia del auto de saneamiento propiamente dicho, se debe estar a la laxitud de formalidades que informa el proceso constitucional conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, de suyo que el juez debe adecuar la exigencia de formalidades previstas en el Código

FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil

mencionado al logro de los fines constitucionales, de modo que no acreditándose por parte de la demandada la defensa que no haya podido realizar la demandada o la trascendencia del presunto vicio, no corresponde anular el proceso por esta causa de acuerdo al artículo 174 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente.

En cuanto a la Excepción de Incompetencia por territorio: la codemandada PERUPETRO mediante escrito de fojas 1909 a 1939, alega que el Juzgado confunde el lugar donde se habría afectado el derecho *(el departamento de Amazonas y Loreto, porque fue allí donde no se realizó la consulta previa que se demanda)*, con el lugar donde se emitió el acto lesivo *(la ciudad de Lima, porque fue aquí donde se emitieron las resoluciones administrativas cuestionadas)*, teniendo en cuenta que el artículo 51° del Código Procesal Constitucional, solo contempla la primera de las expresiones *(el lugar donde se afectó el derecho)*, y no la segunda *(el lugar donde se emitió el acto lesivo)* como primer criterio para determinar la competencia territorial en los procesos de amparo.

Que, en el caso de autos, los actores cuestionan la omisión por parte del Estado de la Consulta Previa a la emisión del Decreto Supremo N° 066-2006-EM, que aprobó la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116 y de la Resolución Directoral N° 283-2011-MEM/AAE, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental de la exploración de hasta 02 pozos exploratorios, toda vez que ambas medidas administrativas no fueron consultadas con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados a pesar de ser aprobadas con posterioridad a 1995, año en el que entra en vigencia el Convenio 169 de la OIT.

Que, en ese sentido, el artículo 51° del Código Procesal Constitucional establece:

> *"Artículo 51.- Juez Competente y plazo de resolución en Corte*
> *Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante. En el proceso de amparo, hábeas data y en el de cumplimiento no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado. Promovida la excepción de incompetencia, el Juez le dará el trámite a que se refieren los artículos 10 y 53 de este Código /...sic)".*

Que, en esta línea de razonamiento, la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicada el 07 de setiembre de 2011, establece:

> "*Artículo 2. Derecho a la consulta*
> *Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.* ***La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado*** *(...sic)".*
>
> ( )
>
> "*Artículo 5. Sujetos del derecho a la consulta*
> *Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa (...sic)".*
>
> " **Artículo 10. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados**
> ***La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa*** *sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance* (...sic)".
>
> " *Artículo 17. Entidad competente*
> ***Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa,*** *conforme a las etapas que contempla la presente Ley (...sic)".*
>
> " DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
>
> *PRIMERA. Para efectos de la presente Ley, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo* (...sic)".

Que, en el caso de autos, teniendo en cuenta que la medida legislativa o administrativa a emitir respecto a la consulta previa que reclaman los actores está a cargo de Poder Ejecutivo a través de del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura considerado como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, conforme lo disponen los artículos 5, 10, 19 y Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T), y que dicho viceministerio tiene su sede en la ciudad de Lima, en consecuencia es el Juzgado Especializado Constitucional de Lima, el competente por razón de territorio para conocer la demanda materia de autos, pues la infracción a los derechos constitucionales que se alegan, presuntamente han tenido la índole de una omisión, como se denotaría -a modo de ejemplo- en cuanto al derecho a la Consulta Previa, de modo que resulta vàlido que se interponga la demanda ante el juez constitucional de Lima.

En cuanto a la Excepción de Prescripción extintiva: es **preciso señalar que el Tribunal Constitucional,** en su Sentencia recaída en el Expediente **N° 08726-2005-PA/TC** de fecha 24 de noviembre del 2005, **ha establecido supuestos procesales ante los procesos de amparo contra normas de carácter autoaplicativas**, donde la norma constituye un acto contrario a los derechos fundamentales, señalando en sus fundamentos **(3) y (5)** lo siguiente: *"Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el amparo contra normas procede cuando la norma que se cuestiona es de carácter autoaplicativo. Una norma reviste tal condición, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma" (STC 2302-2003-AA/TC, fundamento N° 7 primer párrafo)". "La excepción de prescripción debe ser desestimada y ello porque la norma autoaplicativa impugnada establece una prohibición de ejercer el comercio ambulatorio, cuyo efecto proscriptorio se ha producido inmediatamente después de su entrada en vigencia, incidiendo directa e inmediatamente en los derechos de la persona. Ahora bien, tal prohibición no agota su efecto con la entrada en vigencia de la norma sea derogada o declarada inválida. Es precisamente el hecho de que la prohibición establecida en la norma se proyecte en el tiempo sin solución de continuidad lo que permite advertir que la afectación ocasionada es de carácter continuado y, por tanto, su impugnación a través del proceso de amparo no está sujeta al plazo prescriptorio establecido en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional".*

En el caso de autos los actores denuncian la omisión de la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT. Al respecto el Tribunal Constitucional en la STC 00024-2009-PI, de fecha 26 de julio de 2011, ha señalado lo siguiente:

12. *Al respecto el Tribunal recuerda que* ***el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales (STC 3343-2007-PA/TC y STC 00022-2009-PI/TC). No sólo forma parte de nuestro ordenamiento interno, sino que además ostenta el máximo rango, pues como hemos precisado, los "tratados internacionales sobre derechos humanos (…) detentan rango constitucional"*** *(STC N.° 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26).* ***En ese sentido, en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar normativa e interpretativamente- las disposiciones constitucionales sobre pueblos indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación.***

13. *Por ello, en relación al argumento vertido por el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, en el sentido de que el Convenio N.° 169 no es aplicable en tanto la mayoría de la población peruana es mestiza y no indígena,* ***este Tribunal considera que no debe confundirse el reconocimiento de cierto sector de la sociedad como pueblo indígena con lo relacionado con la vigencia del referido Convenio 169 y las obligaciones contraídas como consecuencia de su ratificación e incorporación en el derecho interno.*** *Como antes se ha expuesto,* ***el Convenio 169 entró en vigencia en el año 1995 y desde ese momento forma parte del ordenamiento jurídico nacional y su cumplimiento es obligatorio*** *[Cf. STC 00022-2009-PI/TC]. Su aplicación, como expresa el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, se aplica a los pueblos que detentan las características que allí se señala, independientemente de si éstos son de población nacional mayoritaria (o no).*

14. *De otro lado, en lo que se refiere al valor normativo que pueda tener la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Tribunal destaca que ésta fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidos con fecha 13 de septiembre de 2007. Este instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conlleva una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional en materia de garantía y respeto de los pueblos indígenas, al anidar en su contenido aquellas metas y objetivos que la comunidad internacional se impone.* ***En ese sentido, cuando entre las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y las del Convenio 169 no existan antinomias****, aquellas pueden entenderse a manera de interpretación autorizada de éstas últimas, teniendo la naturaleza, en todos los demás casos, de aquello que en el Derecho Internacional se denomina como soft law, esto es, una guía de principios generales que carecen de fuerza vinculante y, por lo mismo, respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, pero que se considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos.*

Que, en ese sentido, estando a que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, entró en vigencia el 02 de febrero de 1995, la omisión cuestionada tiene el carácter de continuo; en consecuencia, esta demanda de amparo no está sujeta al plazo prescriptorio conforme a lo establecido en el inciso 5 del artículo 44° del Código Procesal Constitucional. Además, cuando se cuestionan normas, la proyección en el tiempo sin interrupción o solución de continuidad de aquellas permite advertir que la

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

presunta afectación ocasionada podría ser de carácter continuado y por tanto, su impugnación a través del proceso de amparo no está sujeta al plazo prescriptorio establecido en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional.

QUINTO: Respecto a la nulidad de la sentencia apelada por haberse omitido la previa emisión del auto de saneamiento:

El segundo párrafo del Artículo 358 del Código Procesal Civil, establece:

(...)

" ... El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna."

De otro lado, el inciso 2, del artículo 365 del mismo Código, establece:

Artículo 365: Procede apelación:

(...)

2. Contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Código excluya;

Ahora bien, si se invoca la nulidad, el justiciable que la propone, deberá acreditar el perjuicio que le causa el acto procesal viciado y, además, la defensa que no pudo realizar, conforme lo establece el artículo 174° del Código Procesal Civil.

Que, de la revisión de los autos se advierte que por Resolución N° 12, de fecha 13 de setiembre de 2016 (fs. 1812), el Juzgado convocó a las partes a una audiencia especial y comunicó a las partes del proceso que resolverían en un solo acto las excepciones y sentencia teniendo en cuenta el principio de economía procesal, decisión reiterada en el acta de audiencia especial de fecha 13 de octubre de 2016 (fs. 1814 a 1816), por lo que los demandados recurrentes lejos de interponer el medio impugnatorio correspondiente contra el citado acto procesal saneador, impugnan la sentencia señalando que no se ha emitido el auto de saneamiento previo a la sentencia apelada, cuando en su oportunidad dejaron incólume el supuesto vicio.

Que, en el caso sub-materia, respecto al agravió que supuestamente les causa la sentencia recurrida, se advierte que pudo haberlo hecho valer vía el recurso de apelación contra las resoluciones N° 12, de fecha 13 de setiembre de 2016 (fs.

1812) y acta de audiencia especial de fecha 13 de octubre de 2016 (fs. 1814 a 1816), no siendo en consecuencia la primera oportunidad que tuvieron los recurrentes para deducir la nulidad que plantean, tanto, más si se tiene en cuenta que el recurso de nulidad es el último remedio que solo se aplica a los actos procesales no contenidos en resoluciones, conforme al artículo 356 del Código Procesal Civil, peor aún si tampoco se ha acreditado la defensa que no se pudo realizar, conforme lo establece el artículo 174° del Código Procesal Civil, por lo que este extremo la Resolución apelada debe confirmarse. Además, como ya se expuso en líneas precedentes, este proceso se rige por la laxitud en las formas conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, de suyo que el juez debe adecuar la exigencia de formalidades previstas en el Código mencionado al logro de los fines constitucionales, de modo que no acreditándose la defensa que no pudo realizar la demandada o la trascendencia del presunto vicio, no corresponde anular el proceso por esta causa de acuerdo al artículo 174 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente.

SEXTO: **Respuesta a los agravios del fondo de la sentencia apelada**:

Que, estando a que la presente causa versa sobre el cumplimiento del derecho a la consulta previa que debió efectuar el Estado, antes de la emisión del Decreto Supremo N° 066-2006-EM, que aprobó la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116, y de la Resolución Directoral N° 283-2011-MEM/AAE, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar **2 pozos**, a efectos de la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, y habiéndose determinado que no es necesario por parte de los actores realizar acto previo alguno como requisito para accionar en el presente proceso; asimismo, además de haberse determinado que el Juzgado Especializado de Lima es el competente por territorio para conocer el proceso materia de autos, y que la supuesta omisión de la consulta previa tiene presuntamente efecto continuado, no configurándose la excepción de prescripción extintiva formulada en el presente proceso, ni tampoco los demandados recurrentes han acreditado estar perjudicados con el acto procesal consistente en resolver todas las incidencias en la sentencia, se procede entonces a emitir pronunciamiento sobre los cuestionamientos de fondo que realizan los demandados recurrentes respecto a la sentencia apelada:

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

En ese sentido, se advierte que mediante escrito de demanda de fojas 629 a 701 los actores afirman que forman parte de 73 comunidades de pueblos indígenas **awajún** y **wampis**, asentados en el territorio de los distritos de **Río Santiago**, **Nieva**, **El Cenepa**, provincia de **Condorcanqui**, y distrito de **Imaza**, provincia de **Bagua**, en el Departamento de **Amazonas**, y de la provincia **Datem del Marañón**, Departamento de **Loreto** y que conforme al **Convenio 169 de la OIT** tienen el derecho fundamental a que el Gobierno estatal realice **consulta previa** antes de toda medida que los afecte como la explotación de recursos, pues dicha norma forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y está vigente en el Perú desde 1995; sin embargo, el 12 diciembre 2006, sin consulta previa, el Gobierno publicó el **D.S. N° 066-2006-EM** autorizando suscribir contrato con HOCOL Perú, SAC (sucedida por las empresas *Maruel et Prom Perú y Pacific Stratus Energy*) sobre Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el **Lote 116**, contrato que fuera suscrito en diciembre de **2006** y está en actual **ejecución**. Señalan que a pesar que el **7 setiembre 2011** se publicó la **Ley 29785**, Ley de la Consulta Previa, y el **3 abril 2012** su **Reglamento D.S. N° 001-2012-MC (Cultura)**, persiste la **omisión** en realizar la **consulta**, pues el Estado en 2014 se ha ratificado en su negativa. Alegan además que la exploración de sus tierras sin escuchar la voz de las comunidades propietarias, constituye grave y permanente afectación a los derechos de la consulta previa y el consentimiento de dichos actos, asimismo a los derechos de territorio, la salud, la identidad cultural e integridad física, social y cultural, como al disfrute de un medio ambiente equilibrado y adecuado.

Por su parte **la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Energía y Minas** en su recurso de apelación de fojas 1882 a 1907, alega que para determinar si las actividades de exploración y extracción petrolera, materia del presente proceso, contaminaron o no el territorio de las comunidades nativas, y para determinar el grado de impacto ambiental que producen sobre la flora y la fauna, se requiere de una intensa actividad y discusión probatoria (por ejemplo de inspecciones y pericias así como debates técnicos), de modo que resulta imprescindible un estudio de impacto ambiental realizado de manera independiente e imparcial, para evaluarse de manera real, las incidencias

efectivas que producen esas actividades sobre el medio ambiente, indicando que la discusión probatoria también debería determinar si el Lote 116 se superpone o no con las reservas ecológicas y comunales antes mencionadas, medios probatorios que no se puede actuar en el proceso de amparo. Alega además que no hay en el Convenio 169 de la OIT norma alguna que establezca la obligatoriedad de consulta previa a los pueblos indígenas, respecto a una medida administrativa que como el caso del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo regulada en el ordenamiento peruano, se limita a otorgar a un particular derechos exclusivos sobre un yacimiento hidrocarburífero que es de propiedad o titularidad del Estado, lo que en buena cuenta no implica autorización para el uso de territorios indígenas, ni para el inicio de ninguna actividad de prospección o explotación en esos territorios.

Por su parte la codemandada PERUPETRO S.A. en su recurso de apelación de fojas 1909 a 1937, alega que durante más de 15 años el Convenio N° 169 no contó con un desarrollo normativo en nuestro ordenamiento; por ello a través de la STC N° 05427-2009-PC/TC, el Tribunal Constitucional consideró que el Congreso había incurrido en una omisión inconstitucional al no haber desarrollado este derecho y lo exhortó a desarrollarlo legislativamente, ordenando al Ministerio de Energía y Minas emitir un reglamento especial en el que desarrolle el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, publicándose dicho reglamento el 12 de mayo del 2011, a través del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, el mismo que fue derogado por la tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios publicada el 07 de setiembre de 2011, la misma que entró en vigencia el 07 de diciembre de 2011.

A su vez, PACIFIC STRATUS ENERGY DEL PERU S.A.A Y MAUREL ET PROM PERU S.A.C, en su recurso de apelación de fojas 1939 a 2006, alega que al sentencia que impugnan contraviene de forma directa los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el particular, esto es, no ha tomado en cuenta la conducta de los demandados *(personas jurídicas privadas)*, ni ha ponderado los efectos que su decisión generará; no se ha pronunciado sobre el argumento

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

relativo al impacto en el principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta que los demandados actuaron de buena fe, pues han cumplido con todos los procedimientos que el estado les indicó que resultaban necesarios para realizar el Proyecto de Perforación Exploratoria.

SÉTIMO. Que, respecto al derecho de consulta previa contenido en el Convenio 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional en la STC N° 05427-2009-PC/TC, de fecha 30 de junio de 2010, ha declarado **FUNDADA la demanda de cumplimiento** interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDESEP), por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT; **ORDENA** al Ministerio de Energía y Minas a que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia; **EXHORTA** al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el artículo 108º de la Constitución, culmine con el trámite de promulgación de la "Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo", aprobada en la sesión ordinaria del 19 de mayo del 2010, en el término más inmediato posible y **declara IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la obligación del Ministerio de Energía y Minas de adecuar sus reglamentos a lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, en materia de derecho a la tierra, al medio ambiente y los recursos naturales, por no ser asunto de su competencia. Dicha resolución señala:

> *"26. Ahora, si bien no existe una ley que haya desarrollado el procedimiento de consulta y, por ende, parecería que no existe, por tanto, el deber del Ministerio de Energía y Minas de emitir la reglamentación correspondiente, dicha argumentación se debe desvirtuar en razón a que el Convenio N° 169 vincula a todos los poderes públicos y no sólo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e*

hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio N° 169, deben ser consultadas.

27. Este argumento debe ser reforzado teniendo en cuenta que el propio Ministerio ha reconocido en su Informe N.° 008-2007-MEM/VMM/DGGS, su fecha 14 de mayo de 2007, obrante a fojas 43, lo siguiente:

"el Ministerio de Energía y Minas, en el desarrollo de las actividades mineras y de hidrocarburos, se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias para la protección del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que ocupan y para la plena implementación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados en forma previa, libre e informada, a fin de determinar si los intereses de dichos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de autorizar actividades de exploración o explotación de recursos existentes en sus suelos" (subrayado agregado).

§5. Responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas en la omisión normativa inconstitucional

28. Ahora bien, debe aclararse que dicho deber de reglamentación no puede ser entendido a la manera de un deber genérico o ilimitado que exija a la entidad demandada actuar más allá de lo que le permite la ley o la Constitución. Antes bien, este Colegiado entiende que tal exigencia debe encuadrarse necesariamente dentro del marco de las competencias normativas sectoriales que ostenta dicha entidad en nuestro ordenamiento jurídico.

29. A tal efecto, es necesario tener presente que el artículo 4° del Decreto Ley N.° 25962 – Ley Orgánica del Sector Energía y Minas, señala que dicho sector comprende "todo lo vinculado a los recursos energéticos y mineros del país, así como las actividades destinadas al aprovechamiento de tales recursos". De igual forma, el artículo 2° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo N.° 031-2007-EM, señala que la finalidad de dicho Ministerio es "promover el desarrollo integral y sostenible de las actividades minero-energéticas normando y/o supervisando, según sea el caso, el cumplimiento de las políticas de alcance nacional". Por último, el artículo 4° de dicho Reglamento establece que son funciones del Ministerio, entre otras, las siguientes:

"a. Promover la inversión en el Sector;

(...)

c. Dictar la normatividad general de alcance nacional en las materias de su competencia;

(...)

h. Otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, según corresponda, para el desarrollo de las actividades minero – energéticas de conformidad con la legislación sobre la materia;

(...)

l. Promover el fortalecimiento de las relaciones armoniosas de las empresas del Sector Energía y Minas con la sociedad civil o población involucrada con el desarrollo de sus actividades (...)".

30. Sin embargo, y con el mismo criterio, habrá que concluir que el deber de reglamentación de la entidad demandada no alcanza ni podría alcanzar a materias tales como el derecho a la tierra y al territorio, o el derecho al medio ambiente y a los recursos naturales, habida cuenta de que tales asuntos no competen ni directa ni

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE

exclusivamente al Sector Energía y Minas, razón por la cual en este extremo la demanda debe ser declarada improcedente

31. En suma, y estando a las consideraciones expuestas, el análisis que este Tribunal efectuará en lo sucesivo se limitará a verificar el deber de reglamentación que corresponde satisfacer a Ministerio de Energía y Minas, en relación al derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, reconocido en el artículo 6°, inciso 2 del Convenio N° 169.

§6. Los supuestos que configuran la omisión normativa inconstitucional en el presente caso.

32. Antes de entrar a analizar si es que efectivamente en el presente caso se ha producido la omisión del deber normativo del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el Convenio N° 169 de la OIT en el ámbito referido al derecho a la consulta, este Colegiado debe proceder a definir primero los supuestos en los cuales se presenta la omisión normativa inconstitucional aquí desarrollada y verificar si dichas supuestos se han cumplido en el caso de autos.

a) La existencia de un mandato constitucional de regulación normativa.

33. Este primer requisito de configuración de la inconstitucionalidad por omisión normativa hace referencia a la obligación constitucional de regulación, esto es, a la exigencia que se deriva directamente de la Constitución de emanación de una regulación específica que atienda un mandato constitucional. Como ya se ha señalado en esta sentencia, dicha obligación se enmarca no en el campo abierto de lo constitucionalmente posible, es decir de aquella decisión que corresponde al legislador adoptar, y que puede tomar cuando exista una multiplicidad de medios para hacer efectiva una disposición constitucional, o cuando las disposiciones no requieran desarrollo legislativo para ser directamente aplicables (derechos civiles y políticos de eficacia directa); sino que se encuentra dentro del marco más específico de lo constitucionalmente necesario, es decir, dentro de aquella obligación impuesta por la Constitución de desarrollar normativamente un precepto constitucional con el objeto de lograr su plena eficacia. En esta categoría pueden ubicarse aquellos mandatos constitucionales que establecen "encargos directos de legislar", o mandatos que suponen indefectiblemente la necesidad de legislación para poder ser efectivos, como sucede por ejemplo en el supuesto de las normas que contienen derechos sociales prestacionales y que comúnmente se conocen como cláusulas programáticas. Sin embargo, como ha quedado claro en la doctrina, la sola referencia a la necesidad de legislar para hacer efectivo un mandato constitucional no es suficiente para producirse la inconstitucionalidad por omisión, sino que es imprescindible que dicha necesidad esté referida a un ámbito específico claramente identificable. Así por ejemplo, las normas que adscriben fines de política en general, como puede ser "el logro del bienestar social" no identifican cuáles son los ámbitos específicos en los que se debe legislar, por lo que en este caso no se configura el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión.

34. En el presente caso, es necesario verificar, si sobre la entidad demandada recae la obligación directa (y no discrecional) de emitir la normativa correspondiente para dar eficacia a los derechos reconocidos en el Convenio N° 169. Al respecto, cabe señalar que, si bien el Convenio N° 169 establece que los gobiernos deberán tomar medidas que aseguren a los miembros de los pueblos interesados "gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población" (artículo 2, numeral 2, inciso a), es necesario reconocer que dicho tratado internacional no contiene una norma explícita que obligue a las entidades del Estado a emitir normas conducentes a efectivizar los derechos reconocidos por aquél.

35. No obstante ello, este Tribunal encuentra que la obligación del Estado de adoptar medidas de derecho interno para efectivizar los derechos establecidos en un tratado de derechos humanos, no es un deber cuya fuente tenga que buscarse en un artículo expreso de ese mismo tratado. En primer lugar, porque sería errado sostener que un tratado de derechos humanos directamente aplicable y vinculante para un Estado Parte, tolera al mismo tiempo su inoperancia fruto de la no regulación a nivel interno de los derechos en él reconocidos. Y en segundo lugar, porque una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio pro homine , es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos por aquél reconocidos. Es por esta razón que, en la doctrina, se ha señalado que los tratados de derechos humanos, a diferencia de los tratados ordinarios, prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente, habida cuenta de que en dichos tratados existe un predominio de consideraciones de interés general u ordre public que trascienden los intereses individuales de las Parte Contratantes. En mérito a ello, se considera que los tratados de derechos humanos requieren una interpretación objetiva de sus dispositivos, dado el referido carácter esencialmente objetivo de las obligaciones que ellos imponen a los Estados Partes (CANÇADO TRINDADE, Antonio: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 22-23).

36. En dicho contexto, es necesario advertir la existencia de importantes instrumentos internacionales, algunos vinculantes y otros ilustrativos, de cuya interpretación se puede colegir que el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas de derecho interno (entre ellas, normas legales e infralegales) con la finalidad de dar eficacia a los derechos reconocidos en los pactos internacionales. Esos instrumentos son los siguientes:

Ø Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El artículo 38° de esta declaración señala expresamente:

"[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas las medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración".

Ø Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978. El artículo 2, inciso 2 de este Pacto señala:

"[c]ada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".

Ø Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978. El artículo 2, inciso 1 de este tratado señala:

"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

FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Ø Observación General N.° 03 del Comité DESC, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada por dicho órgano en su Quinto Período de Sesiones (1990).- En esta Observación, el Comité DESC interpreta que si bien el PIDESC contempla la realización "paulatina" de los derechos sociales y culturales, ello no enerva la existencia de obligaciones de efecto inmediato, entre las cuales se encuentra aquella de "adoptar medidas" dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. En este punto, el Comité destaca que "en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos casos pueden ser incluso indispensables".

Ø Observación General N.° 09 del Comité DESC, sobre la aplicación interna del Pacto, adoptada por dicho órgano en su Décimo Noveno Período de Sesiones (1998).- En esta Observación, el Comité interpreta que los Estados Partes tienen el deber de dar efectividad a los derechos reconocidos en el PIDESC. Es particularmente esclarecedor el considerando N° 5 de este documento, en el cual se señala:

"[e]l Pacto no estipula los medios concretos que pueden utilizarse para aplicarlo en el ordenamiento jurídico nacional. Además, no existe ninguna disposición que obligue a su incorporación general a la legislación nacional o que se le conceda un valor jurídico determinado en ella. Si bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte". Asimismo, en el considerando N.° 8 de esta Observación, se indica lo siguiente:

"(...) aunque el Pacto no obligue formalmente a los Estados a incorporar sus disposiciones a la legislación interna, esta solución es aconsejable. La incorporación directa evita los problemas que podrían derivarse de la traducción de las obligaciones del tratado para incluirlas en la legislación nacional, y permite a los interesados invocar directamente los derechos reconocidos en el Pacto ante los tribunales nacionales. Por estas razones, el Comité recomienda firmemente la adopción formal del Pacto o su incorporación a la legislación nacional".

Ø Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Estado Peruano el 12 de julio de 1978.- El artículo 2° de este tratado señala:

"Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Ø Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (PSS), adoptado el 17 de noviembre de 1988, ratificado por el Estado Peruano el 17 de mayo de 1995.- En sentido similar al establecido en la CADH, en el artículo 2 de este Protocolo se señala:

"Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las

disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos".

37. A la luz de estas disposiciones, se advierte que el Estado peruano, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos. La adopción de tales medidas, en consecuencia, son un complemento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

38. Con todo, este Tribunal desea aclarar, en primer lugar, que cuando los citados instrumentos internacionales señalan que el obligado a adoptar tales medidas es "el Estado", debe entenderse que tal deber alcanza a todos los poderes públicos que forman dicha entidad, habida cuenta que los tratados de derechos humanos vinculan a todos ellos por igual. Siendo ello así, resulta obvio que la entidad demandada en el presente caso, también se encuentra obligada a cumplir dicha obligación, dentro del marco de sus competencias. 39. Por otro lado, debe advertirse también que el carácter "necesario" o "indispensable" que, según los citados instrumentos, revisten algunas medidas legislativas para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en los pactos internacionales, se encuentra plenamente configurado en el presente caso, y ello no sólo desde la consideración abstracta de la necesidad interna de regular "los procedimiento apropiados para consultar a los pueblos indígenas", sino desde la atención más concreta al permanente escenario de conflicto social originado entre otras cosas, como ya se expresó, por la falta de implementación del procedimiento adecuado para establecer el diálogo institucional con los pueblos indígenas en nuestro país. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el reciente Reporte de Conflictos

Sociales N.° 75, elaborado por la Defensoría del Pueblo, actualizado al 31 de mayo del 2010, se señala que del total de 255 conflictos sociales existentes en nuestro país, 132 son casos de tipo socioambiental (es decir, el 51.8%), muchos de los cuales como es conocimiento público tienen entre sus protagonistas a pueblos indígenas. Tal situación demuestra, a criterio de este Tribunal, que la falta de regulación o inercia reglamentaria, sobre todo en el sector que compromete al Ministerio demandado, viene ocasionando un estado latente de inseguridad jurídica que pone en estado de desprotección no sólo a los derechos de los pueblos indígenas, sino que afecta negativamente la sostenibilidad y seguridad de las inversiones. En este contexto, es que debe concluirse que la obligación de regulación interna del procedimiento de consulta, se ubica dentro de lo constitucionalmente necesario y, por ende, debe ser objeto de regulación legal general o, en su defecto, de regulación reglamentaria en el ámbito específico de las competencias del Ministerio de Energía y Minas.

40. A mayor abundamiento, este Tribunal debe recordar que ha sido el propio Poder Ejecutivo a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, en su escrito de contestación de fecha 19 de octubre de 2009 ingresado en el expediente N° 0022-2009-PI/TC, quien ha reconocido la "necesidad" de desarrollar normativamente el derecho de consulta recogido en el Convenio N°169 de la OIT a efectos de poder invocar o exigir judicialmente su cumplimiento. Así, como un argumento para sostener la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1089, el Procurador sostuvo que éste no podía ser objeto de consulta a los pueblos indígenas, puesto que no se había establecido por ley "cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo que procedimiento se producirá la consulta". Si bien este Colegiado respondió a dicho argumento sosteniendo que la falta de regulación normativa no era excusa para no aplicar el Convenio y que cabía en todo caso al juez determinar, de cara a las circunstancias del caso concreto, los contenidos del derecho a la consulta (STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 11-13); resulta obvio para este Tribunal, de acuerdo a una interpretación de

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO/DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE L

buena fe de los compromisos asumidos por el Estado a nivel internacional, que el propio Poder Ejecutivo asume como inexcusable el deber de regular el derecho a la consulta para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio. En este contexto, no podría argüirse, sin renunciar a la más elemental racionalidad y coherencia, que el Estado no se encuentra obligado a realizar la consulta por carecer de ley de desarrollo para ello y que, sin embargo, no pesa sobre él la más imperiosa y urgente necesidad de llevar a cabo dicho desarrollo normativo.

Si bien parecería que el Ejecutivo asume que dicha regulación debería venir desde el órgano inicialmente designado para ello como es el Parlamento, como también ya hemos puesto de relieve en el fundamento 27 de la presente sentencia, el propio Ministerio de Energía y Minas ha internalizado como su deber el hecho de desarrollar reglamentariamente el derecho a la consulta, por lo que en este punto sólo cabe concluir que el deber de desarrollo normativo, específicamente de reglamentación del derecho a la consulta no sólo viene exigido por el Convenio, sino que el propio Estado peruano, específicamente el Ministerio demandado, lo ha reconocido así.

Además, si bien puede resultar necesaria una definición legal de los aspectos de la consulta resaltados por el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Poder Ejecutivo, en especial los atinentes a los beneficiarios, los temas materia de consulta y el procedimiento, dichos aspectos ya han sido desarrollados en la jurisprudencia de este Colegiado, por lo que el Ministerio demandado cuenta con los elementos mínimos para llevar adelante la reglamentación exigida (STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 19-41).

41. Establecida, por tanto, la obligación de la entidad demandada de reglamentar el derecho a la consulta en los términos previstos en el Convenio N° 169, resta finalmente precisar si el contenido de esta obligación es lo suficientemente claro y concreto en torno a la acción que la entidad demandada debe desplegar para dar cumplimiento a dicho deber, o si por el contrario tal deber es incierto o genérico. A consideración de este Tribunal, dicho aspecto no presenta mayor problema, pues resulta obvio que la acción demandada no es otra que la emisión del correspondiente reglamento que especifique concretamente los principios y el procedimiento aplicable al derecho a la consulta previa, respetando los contenidos mínimos que establece el Convenio N° 169 de la OIT. Ello resulta aún más claro desde que el propio Convenio ha especificado como un ámbito especial donde debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta aquel donde los pueblos indígenas puedan verse afectados como consecuencia de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus tierras, ámbito de actuación que se encuentra bajo la competencia funcional del Ministerio de Energía y Minas demandado. Así, el artículo 15 del Convenio N° 169 ha establecido: "En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras" (subrayado agregado).

b) Transcurso de un periodo de tiempo razonable.

42. Este elemento de la inconstitucionalidad por omisión normativa supone el lapso de tiempo transcurrido en exceso entre el momento en que se asume la obligación de desarrollar normativamente la disposición constitucional (que es el momento mismo en que se dicta la norma constitucional) y el momento en que debe cumplirse la

obligación de llevar a cabo dicho desarrollo normativo. Ahora, en el caso en que la propia Constitución establezca un plazo para emitir la norma de desarrollo constitucional correspondiente se entenderá que la omisión se produce culminado dicho plazo sin haberse llevado a cabo la emisión de la norma correspondiente. Este criterio, sin embargo, puede relativizarse en algunos casos, atendiendo a las circunstancias concretas.

Por el contrario, cuando la Constitución no haya establecido el período de tiempo en el cual deba emitirse la norma de desarrollo constitucional, queda a la apreciación del juez constitucional establecer el exceso del tiempo transcurrido, para lo cual deberá tener en cuenta como este Colegiado ya lo ha precisado, la apreciación de la doctrina del plazo razonable (STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 45). Para la apreciación de dicho plazo razonable puede aplicarse además, en lo que fuera pertinente, la doctrina establecida en la STC 1680-2009-PHC/TC, caso Antauro Humala Tasso, FF.JJ. 5-9, y la STC7624-2005-PHC/TC, Caso Hernán Buitrón Rodríguez, FF.JJ. 6-19. En todo caso, la determinación de la razonabilidad del tiempo transcurrido debe atender a los resultados inconstitucionales que dicha omisión pueda ir ocasionando en el tiempo y que haga cada vez más indispensable la emanación de la norma de desarrollo constitucional.

43. En el presente caso, como ya lo puso en evidencia este Colegiado en el caso Tuanama (STC 0022-2009-PI/TC, FJ. 11), han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (el Estado peruano aprobó el Convenio 169 de la OIT a través de la Resolución Legislativa N.° 26253, del 2 de diciembre de 1994, entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995), tiempo que este Tribunal considera como suficiente para que se haya desarrollado, en este caso desde el Ministerio de Energía y Minas, una normativa específica que reglamente el procedimiento necesario para llevar a cabo, de modo adecuado, el derecho a la consulta previa, máxime si como se ha venido apuntando hasta aquí, dicha ausencia normativa ha ocasionado y vienen ocasionando un delicado conflicto social en nuestro país. c) Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional.

44. Por último, para que el juez constitucional declare la inconstitucionalidad de la omisión normativa es necesario que esta omisión se concretice en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser en el caso de la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo.

45. En el caso de autos, este Tribunal considera que la ausencia de una apropiada interposito legislatoris en el tema del derecho a la consulta previa e informada, ha minusvalorado considerablemente los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país y ha desencadenado no pocos conflictos sociales con saldos más que lamentables. Es preciso recodar, en este punto, que en el momento más álgido del conflicto sucedido en la localidad de Bagua, los pueblos indígenas de la Amazonía enarbolaron como uno de sus principales reclamos la derogación de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, justificados en la ausencia del procedimiento de consulta previa que no se había seguido al promulgar estos decretos. Así, de acuerdo al Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua "Ajumaish Junikchamu Ati" (Para que nunca más vuelva a suceder), presentado con fecha 21 de diciembre de 2009, el reclamo por el derecho a la consulta estuvo presente en los siguientes hechos:

· El 26 de junio de 2008 se publica el D. Leg. 1073, que modifica el literal B del artículo décimo, especificando sobre el número de miembros necesarios para la toma de decisiones de las comunidades campesinas y nativas sobre sus tierras. La Defensoría considera que la modificación no resuelve el problema de

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GAMARRA SANCHEZ
ESCRIBANO DIDIGENIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

inconstitucionalidad de las normas pues modifica el régimen de disposición de tierras de las comunidades sin haberles consultado. De esta manera se ha contravenido el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT.

· El 28 de junio de 2008 se promulga el D. Leg. 1090 o "Ley de la Selva". En la cita norma las concesiones son otorgadas a los empresarios por plazos renovables de 40 años, sin embargo, en ninguna parte se señala que éstas estén circunscritas a determinadas zonas de manejo de superficie forestal. No se considera la consulta a los pueblos indígenas que viven en la zona concesionada. En el artículo 10 correspondiente a permisos y autorizaciones, no se señala la consulta que debe realizarse a los pueblos indígenas

· El 19 de febrero de 2009 la OIT hace una observación al Gobierno peruano donde insta, entre otras cosas, a cumplir el Convenio 169 consultando a los pueblos indígenas sobre su territorio tal y como lo refieren los artículos 6 y 17 del Convenio 169

· El 26 de febrero de 2009 en Pucallpa se organiza una marcha de AIDESEP y madereros pidiendo la derogación del Decreto 1090 por falta de consulta.

· El 23 de marzo de 2009 el Presidente de la República suscribe el Decreto Supremo de la Creación de la Mesa de Diálogo, integrado por CONAP y otras instituciones indígenas. Se formaliza la Mesa de Diálogo del Ejecutivo con CONAP. La Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI), la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP), la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, la Asociación Paz y Esperanza, el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), CARE PERÚ, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui, Instituto del Bien Común (IBC), Oxfam América, Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), solicitaron al Estado peruano "promulgar, en consulta con los pueblos indígenas, una ley marco de participación y consulta clara y acorde a las normas internacionales; y una ley marco de pueblos indígenas en donde se incorpore la definición de pueblos indígenas dada por la mesamultisectorial".

· El 21 de abril de 2009 se calcula en Atalaya unos 2000 indígenas piroyine y ashaninkas, que marchan pidiendo la derogación de los decretos y el derecho a la consulta del Convenio 169. La población civil está atemorizada, la policía no puede evitar la movilización.

· El 5 de mayo de 2009 los Obispos de la Amazonía; vale decir los Obispos de Yurimaguas, San José de Amazonas, Jaén, San Ramón, Pucallpa, Puerto Maldonado, Iquitos y Requena emiten un pronunciamiento a favor de la derogatoria de los decretos y declaran el derecho a la consulta de las poblaciones indígenas.

46. La relación de estos hechos suscitados durante el Conflicto de Bagua da cuenta pues no sólo de la protesta de los pueblos indígenas contra la aprobación de determinadas medidas legislativas implementadas sin la consulta previa e informada exigida por el Convenio 169; sino de la exigencia misma, de parte de estas comunidades, de que se implemente legislativamente lo dispuesto por el Convenio 169 en relación a la consulta, esto es, la exigencia de que se respete un derecho fundamental reconocido a los pueblos indígenas en un tratado internacional. No era pues un reclamo sólo en cuanto a la legitimidad formal de las medidas legislativas dispuestas por el Poder Ejecutivo, sino en cuanto a la legitimidad material de la

actuación general del Estado que no generaba los cauces institucionales exigidos por el Convenio para escuchar el parecer y la voz de las comunidades indígenas. Esta ausencia de desarrollo normativo del mecanismo de la consulta ocasionó pues, en los hechos, el desconocimiento e ineficacia absoluta de este derecho, produciéndose el resultado inconstitucional aquí aludido.

47. Este Colegiado debe invocar aquí la alta responsabilidad de las instituciones del Estado involucradas en los hechos ocurridos durante el 04 y 05 de junio del pasado año en la localidad de Bagua, y recordar que no puede admitirse nuevamente bajo contexto alguno que un conflicto social de esta dimensión escale al punto de violencia al que llegó, por el hecho de no haberse implementado un derecho fundamental recogido en un tratado internacional, que no requería de grandes esfuerzos para el Estado, ni tan siquiera de la habilitación de grandes recursos económicos para su plena operativización. No pueden olvidar las autoridades estatales que sus decisiones, en el marco del Estado Constitucional, sólo se legitiman en la medida que respeten el ámbito de garantías ius fundamentales que la Constitución ha establecido o que se han reconocido en tratados internacionales sobre derechos humanos, como en el caso de autos.

(...)

53. Sin embargo, es igualmente cierto que el deber de reglamentación no se satisface con la mera emisión de la normativa infralegal propiamente dicha, sino que también se requiere que dicha normativa se adecue al contenido sustancial del derecho a la consulta, tal y como se encuentra regulado en el Convenio N° 169. De esta manera, la entidad demandada no habría incurrido en un supuesto de incumplimiento total, pero sí en un supuesto incumplimiento parcial o de reglamentación insuficiente o defectuosa, lo cual debe ser igualmente corregido. Y es que como la doctrina constitucional ha reconocido, la comisión de la omisión normativa inconstitucional no sólo puede ser de carácter total, cuando no se ha llevado a cabo ningún desarrollo normativo que cumpla el mandato constitucional, sino que también puede presentarse una omisión normativa inconstitucional parcial, cuando aún existiendo una normativa, ésta no ha llegado a completar aquello que está ordenado por la Constitución, supuesto en el cual es irrelevante si dicho incumplimiento parcial se ha producido por una errónea interpretación de la norma constitucional, una deficiente valoración de las circunstancias de hecho, la exclusión arbitraria de un grupo que debió estar incluido en la regulación o la expresa decisión de la autoridad de no completar el mandato impuesto por la Carta Fundamental [FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: La justicia constitucional: Una visión de Derecho Comparado, T I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 600-601].

54. En ese sentido, este Tribunal considera relevante verificar si los reglamentos emitidos por la entidad demandada en el marco de sus competencias satisfacen o no el contenido del derecho a la consulta consagrado en el Convenio N° 169. Para ello, será necesario establecer en primer lugar cuáles son los principios y reglas que el citado Convenio establece en esta materia, así como también la interpretación que al respecto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo, lugar, se comparará estos principios o contenidos mínimos con la normativa infralegal emitida por la entidad demandada y así, por último, se establecerá si ésta se condice con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta.

a) El derecho a la consulta previa e informada, a partir de lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

55. El derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, se encuentra regulado genéricamente en el artículo 6°, incisos 1 y 2, del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan de forma expresa lo siguiente

"Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente,

(...)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"

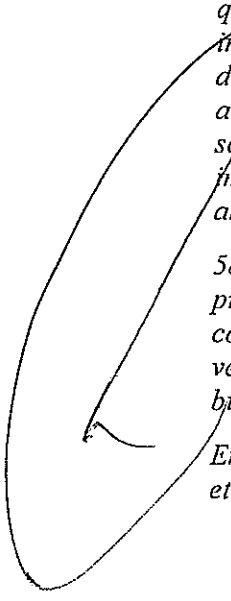
56. De otro lado, el artículo 15° del citado Convenio, para los fines de la responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas que aquí interesa, regula, en su inciso 2, una aplicación específica del derecho a la consulta tratándose de proyectos de prospección y explotación de recursos naturales que pudieran perjudicar a los pueblos indígenas. Dicho artículo se expresa en los siguientes términos:

"Artículo 15

(...)

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

57. Como se puede apreciar, el derecho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo.



58. Sin embargo, tal como lo señala el propio Convenio, para que dichas finalidades puedan plasmarse en la realidad se requiere que el procedimiento mismo de la consulta satisfaga algunos presupuestos básicos que permitan configurarlo como un verdadero proceso dialógico orientado hacia la gestación de acuerdos bienintencionados entre las partes.

En ese sentido, resulta imperioso que la consulta se encuentre precedida por una etapa de información y diálogo, la cual debe estar presidida por principios tales como

la buena fe o la transparencia, de modo tal que se creen las condiciones mínimas necesarias para llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural.

59. Sobre este aspecto, resulta particularmente esclarecedora la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam ha resumido el contenido del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en los siguientes términos:

> *"(...) al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones ( )*
>
> *Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la probación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.*
>
> *El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones" [Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, del 28 de noviembre de 2007, considerando 133].*

60. En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, este Tribunal estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son las siguientes:

> *a) La observancia del principio de buena fe. Al respecto, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27)*
>
> *b) La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera "apropiada a las circunstancias", razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31)*
>
> *c) El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33)*
>
> *d) La transparencia. En tal sentido, es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas. De igual forma,*

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35)

e) La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede admitir ciertas excepciones a la luz de los hechos concretos (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36)

f) El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (STC 0022 2009 PI/TC, fundamento 37)

g) Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas, y en ese sentido, ha sugerido la conformación de la siguiente secuencia fáctica:

ü En primer lugar, el inicio del proceso debe ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena, tarea que debe ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida ü En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.

ü En tercero lugar, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha. ü En cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación.

ü De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada.

Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo afectado(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41).

b) La normativa infralegal emitida por el Ministerio de Energía y Minas que implementa el derecho a la consulta de los pueblos indígenas: estado de la cuestión.

(...)

62. Como se puede apreciar de la normativa reseñada, ninguna de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar "talleres informativos" con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una

información otorgada por el Estado. Al respecto, este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6°, inciso b) y 7°.

63. Por lo demás, debe advertirse que ninguna de las normas señaladas en el cuadro adjunto se refiere específicamente a la problemática de los pueblos indígenas como grupo humano participante en los mencionados talleres, sino que hacen alusión a la intervención de "cualquier" población afectada. Tal situación, a criterio de este Tribunal, no se condice con el espíritu del Convenio 169 de la OIT, el que más bien exige la adopción de normas especiales que tomen en cuenta aquellas particularidades que caracterizan a los pueblos indígenas en tanto grupo humano diferenciado. Sobre este aspecto, cabe resaltar que la Comisión de Expertos de la OIT, en su Informe en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, del año 2010 (obrante a fojas 556), al momento de examinar algunas de las normas antes glosadas (particularmente los Decretos Supremos N.os 012-2008-EM y 020-2008-EM), ha señalado que el artículo 6 del Convenio N.° 169 dispone que las consultas deben tener la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En tal sentido, ha indicado:

> *"Si bien el artículo 6 del Convenio no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se requiere (...) que la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta permitan la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados «a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso». La Comisión desea resaltar que el Convenio requiere que se establezca un diálogo genuino entre las partes interesadas que permita buscar soluciones concertadas y que, si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos. Asimismo, la Comisión subraya que meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio" (subrayado agregado).*

64. En vista de todas estas consideraciones, este Tribunal concluye que, en el presente caso, la entidad demandada ha incurrido en un supuesto de incumplimiento parcial de su deber de reglamentar elderecho a la consulta de conformidad con lo establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia, decide ordenar al Ministerio de Energía y Minas emitir, en el marco de sus competencias, un reglamento especial que regule el derecho a la consulta previa e informada a los pueblos indígenas respetando los principios que dicho tratado establece y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia.

65. Por último, este Tribunal debe dejar en claro que la declaración realizada en los fundamentos 62 y 63 de la presente sentencia, no implica un juicio de constitucionalidad de los reglamentos que han sido emitidos por la emplazada, toda vez que el examen efectuado se ha limitado a verificar la insuficiencia o imperfección de la normativa existente. Por tanto, el incumplimientoparcial detectado no tendrá que ser corregido con la derogación de los reglamentos emitidos (lo que podrían servir para regular la participación de otras poblaciones afectadas), sino con la emisión de un reglamento especial para los pueblos indígenas. Con todo, se deja a salvo la posibilidad de impugnar aquellos reglamentos existentes en la vía que corresponda".

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

OCTAVO: Que, en el caso de autos, teniendo en cuenta los agravios expuestos por las demandadas recurrentes, se advierte que el centro de la controversia versa sobre la obligación o no de parte del Estado de convocar a las Comunidades Nativas que se ubican en el área de expansión de tierras en el que se desarrollará la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el **Lote 116**, para lo cual se ha emitido el D.S. N° 066-2006-EM y la Resolución Directoral N° 283-2011-MEM/AAE, *(que aprobó el Estudio de Impacto ambiental de la exploración de hasta 02 pozos exploratorios)*, debido a que ambas medidas administrativas no fueron consultadas a los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados a pesar de ser aprobadas con posterioridad a 1995, año en el que entró en vigencia el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 05427-2009-PC/TC, el Estado se ha demorado en demasía en expedir la Ley N° 29785 *(Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicada el 07 de setiembre de 2011)*, y su Reglamento el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, publicado el 03 de abril de 2012, no pudiendo servir dicha demora de argumento para que se obvie el orden de las acciones establecidas en el Convenio N° 169 OIT, esto es, que previamente a la emisión de las normas cuya nulidad se demanda en el presente proceso, se debió proceder a la consulta previa informada de las comunidades nativas que se encuentran en el área de influencia de la exploración y explotación a que se refieren el D.S. N° 066-2006-EM y la Resolución Directoral N° 283-2011-MEM/AAE, evitando de esa manera conflictos sociales con los pueblos indígenas que se sienten minusvalorados, conforme se hace mención en el fundamento 45 de la referida STC N° 05427-2009-PC/TC.

Nótese que desde el 1995 está en vigencia el Convenio 169 de la OIT, siendo una norma autoaplicativa pues su vigencia y validez no está condicionada a la emisión de ningún acto interno administrativo.

NOVENO: Que, el Tribunal Constitucional en la STC 00022-2009-AI, en su Décimo Primer Fundamento señala:

> *" 11. De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.° 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este*

argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación domestica que la desarrolle. ***Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar,*** *asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995.* ***Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado.*** *Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada. En todo caso,* ***este Tribunal no soslaya que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso ha aprobado la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.° 169 de la OIT, lo que importa un avance importante en la tutela del derecho de consulta.***

12. En segundo lugar, no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derecho fundamentales a un sector de la sociedad. Más aun, en el caso de compromisos internacionales, deben tenerse presente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe." Mientras que el segundo indica que; "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.° 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada.

13. En tal sentido, la omisión en la regulación de algún mandato ius fundamental contenido en un tratado internacional tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él. En todo caso, frente al vacío o deficiencia de la ley los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia (art. 139, inciso 8 de la Constitución). Desde luego, ello coloca al juez que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, tendrán que configurar los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas (...sic)".

Que, es evidente la mora del Estado en la ejecución del Convenio 169 de la OIT, sin embargo esta omisión o acto propio, no puede ser oponible a las comunidades nativas, pues nadie puede generarse un derecho en base a su propia omisión. Tampoco podrían las empresas demandadas generarse un derecho en base a la infracción omisiva del Estado pues el mencionado Convenio resulta vinculante a todos y las normas internas no podrían ser barrera para su cumplimiento. Como bien lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el proceso Nº 05427-2009-PC/TC, cuando la Constitución no haya establecido el período de

FORTUNATO GRATE SANCHE
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA

tiempo en el cual deba emitirse la norma de desarrollo constitucional, queda en la apreciación del juez constitucional establecer el exceso del tiempo transcurrido, para lo cual deberá tener en cuenta que el plazo razonable o la determinación de la razonabilidad del tiempo transcurrido debe atender a los resultados inconstitucionales que dicha omisión pueda ir ocasionando en el tiempo y que haga cada vez más indispensable la emanación de la norma de desarrollo constitucional. En el presente caso, había pasado un tiempo suficiente para que se haya desarrollado, una normativa específica que reglamente el procedimiento necesario para llevar a cabo, de modo adecuado, el derecho a la consulta previa, máxime si como se ha venido apuntando hasta aquí, dicha ausencia normativa ha ocasionado y viene ocasionando un delicado conflicto social en nuestro país

En el caso de autos, esta omisión normativa para desarrollar un Tratado de Derechos Humanos, en el tema del derecho a la consulta previa e informada, ha minusvalorado considerablemente los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país y ha desencadenado no pocos conflictos sociales con saldos más que lamentables. Es preciso recodar, en este punto, el momento más álgido del conflicto sucedido en la localidad de Bagua que afectó, los pueblos indígenas de la Amazonía.

Test de Proporcionalidad: Ponderando, tenemos que la medida del Estado de emitir el D.S. N° 066-2006-EM, que aprobó la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116, y de emitir la R.D. N° 283-2011-MEM/AAE, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar 2 pozos exploratorios, buscaba tutelar la seguridad jurídica y la inversión privada que logre la mejoría económica del país. Siendo así, se advierte que con la emisión de las normas cuestionadas, se lograría este fin constitucionalmente legítimo, de modo que la medida resulta idónea o útil.

Sin embargo, no resulta ser una medida necesaria pues se pudo lograr el mismo objetivo o fin legítimo de una manera menos gravosa o perjudicial para el interés o derecho de las comunidades nativas, esto es realizando una Consulta Previa de

conformidad con la norma contenida en un tratado de Derechos Humanos como es la el Convenio 169 de la OIT.

Siendo así, habiéndose determinado la existencia de una omisión estatal respecto a la Consulta Previa (falta de regulación interna para la debida aplicación del Convenio 169 OIT respecto a destinar sus tierras a una actividad minera que pudiera afectar el medio ambiente en el que se desarrollan y subsisten), corresponde amparar el derecho de la parte actora, pues la consulta previa informada, reconocida por el citado convenio 169 IOT, tiene jerarquía constitucional. Sin embargo se debe ponderar que tampoco resulta razonable afectar los legítimos intereses económicos de las empresas demandadas quienes actuando de conformidad a la normatividad interna, creyeron que no se afectaría lo establecido convencionalmente. Se trata entonces de armonizar ambos intereses creando un clima de paz que evite conflictividad social o como coloquialmente se denomina, "baguazos". Siendo así, este Colegiado considera que estando vigente la Ley N° 29785 *(Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicada el 07 de setiembre de 2011)*, y su Reglamento el Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, publicado el 03 de abril de 2012, y a fin de coadyuvar a la paz social y el respeto de los derechos de las comunidades nativas a ser consultadas sobre la utilización de sus tierras y los bienes naturales que a ellas les sirve de sustento (agua y medio ambiente que los rodea), este Colegiado considera que dicha omisión de consulta previa se puede **subsanar** con la convocatoria a dichas comunidades nativas a consulta previa informada, salvaguardando el debido procedimiento y su derecho a participar en ella, suspendiéndose, mientras tanto, la vigencia de los citados Decreto Supremo N° 066-2006-EM y la Resolución Directoral N° 283-2011-MEM/AAE, a fin de dar cumplimiento en todos sus extremos del Convenio N° 169 – OIT, máxime cuando un Decreto Supremo no se puede anular en un proceso de amparo sino en uno de Acción Popular, razones por las cuales, desestimaron todas las pretensiones impugnatorias (principales y subordinadas), en los siguientes términos:

DECISIÓN:

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

CONFIRMARON la **SENTENCIA** contenida en la Resolución N° 13, de fecha 28 de marzo de 2017 (fs. 1839 a 1873), en los extremos que declara: **1)** **Fundada** la demanda de amparo, por vulneración del derecho de participación ciudadana (consulta previa y consentimiento) de las comunidades nativas representadas por los demandantes, debido a que las entidades estatales demandadas omitieron realizar el procedimiento de consulta previa, y por amenaza a los derechos constitucionales al territorio, salud, identidad cultura, y vivir en un ambiente sano y equilibrado, con pago de **costos**. **2)** Declararon **improcedentes** las cuestiones previas y la tacha. **3)** Declararon **infundadas** las excepciones e **infundados** los pedidos de improcedencia de la demanda; y la **REVOCARON** en los extremos que **Ordena** la nulidad del D.S. N° 066-2006-EM, que aprobó la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116, y de la R.D. N° 283-2011-MEM/AAE, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar 2 pozos exploratorios. **REFORMANDOLA, ORDENARON 1)** la **SUSPENSION** de la vigencia del D.S. N° 066-2006-EM, que aprobó la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116, y de la R.D. N° 283-2011-MEM/AAE, que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar **2 pozos exploratorios**. **2)** la **suspensión** de las actividades de exploración del Lote 116 que se estén realizando o se vayan a realizar en las provincias de Condorcanqui, Bagua (Amazonas) y Datem del Marañón (Loreto) **hasta que se realice y culmine un debido procedimiento de consulta previa** respetando el debido procedimiento con la participación de las comunidades nativas asentadas en el área de influencia de dichas provincias. **3)** **ORDENARON** al Ministerio de Energía y Minas y PERÚPETRO S.A. que se realice un nuevo Estudio de Impacto Ambiental EIA para explorar **2 pozos**, el mismo que deberá ser consultado y obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados junto con la consulta previa de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 116, **4) ORDENARON** al Ministerio de Energía y Minas y PERÚPETRO S.A. disponga la **suspensión de actividades exploración y explotación** en su caso, de Maruel et Prom Perú y Pacific Stratus Energy Sucursal Perú y/o de sus sucesores, de ser el caso, en el área de influencia del territorio de los pueblos indígenas demandantes y de cualquier otra empresa que esté operando con o para ellos en virtud del Contrato de Licencia que se

suspende, mientras no se lleve a cabo el proceso de consulta, incluso la suspensión de actividades de entidades o empresas que de manera directa o indirecta patrocinen los intereses de las empresas antes mencionadas; hágase saber, y los devolvieron.

En los seguidos por don **Zebelio Kayak Jempekit**, Presidente de la Organización de Desarrollo de las Comunidades Fronterizas del Cenepa (ODECOFROC), y comunero Awajun, y otros con PERUPETRO S.A., y otros, sobre amparo.

ss.

SOLLER RODRÍGUEZ

ARRIOLA ESPINO

TAPIA GONZALES

PODER JUDICIAL
FORTUNATO GARGATE SANCHEZ
ESCRIBANO DILIGENCIERO
Segunda Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA