

## Repositorio DESCA Ficha Técnica

### VULNERACIÓN DEL DERECHO A CONSULTA PREVIA EN COMUNIDADES INDÍGENAS: CASO 'AFRODITA'

*“El derecho a la consulta es un derecho humano de titularidad colectiva, con alcance específico para los pueblos indígenas. Forma parte de los derechos colectivos de los pueblos indígenas establecidos en el CONVENIO N° 169 de la OIT. Este derecho colectivo es aplicable únicamente a medidas que puedan afectarles positiva o negativamente en sus derechos colectivos y se realiza con el fin de garantizar el ejercicio de dichos derechos. El derecho a la consulta no debe confundirse con el derecho de participación ciudadana que corresponde a todas las personas (titularidad individual) y no tiene como finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.”*

*“El progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades”*

**Descriptor:** Identidad cultural, el derecho a la consulta previa, debido proceso.

#### 1. **Organización**

**1.1. Nombre:** Instituto de Defensa Legal.

**1.2. País:** Perú

**1.3. Descripción:** El Instituto de Defensa Legal (IDL) es una institución de la sociedad civil fundada en 1983, que tiene como fin la promoción y defensa de los derechos humanos, la democracia y la paz en el Perú y en América Latina.

**1.4. Ejes temáticos:** La institución cuenta con equipos de trabajo interdisciplinario compuestos por abogados, comunicadores, sociólogos y psicólogos. Esta heterogeneidad enriquece nuestra labor y potencia nuestra incidencia. El IDL está conformado por áreas que hacen un dedicado seguimiento a las políticas públicas en temas que consideramos relevantes para el país, como la justicia, la seguridad, el medio ambiente y los pueblos indígenas. El ámbito de las comunicaciones es especialmente importante para nosotros. Contamos para ello con tres áreas: Ideele Radio, Revista Ideele e IDL-Reporteros.

#### 2. **Caso**

**2.1. Nombre del Caso:** La consulta previa como derecho de comunidades potencialmente afectadas y la falta de motivación en las resoluciones.

**2.2. Información de identificación de sentencia:** Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Provincia de Utcubamba Exp. 00102-2020-0-0107-SP-CI-01

**2.3. Resumen de los hechos del caso:** El caso trata sobre la no aplicación del derecho a la consulta previa en la ejecución del proyecto minero "Afrodita" en Perú. Debido a esta falta de consulta, la parte demandante recurrió a la vía judicial. Sin embargo, el tribunal declaró el proceso como improcedente debido a que la demanda carecía de fundamentos racionales para ser considerada en un juicio, a pesar de reconocer que había situaciones que violaban los derechos humanos de los demandantes. Además, en la sentencia se estableció que, en lugar de solicitar la anulación de las Resoluciones emitidas por el Gobierno Regional de Amazonas para aprobar el proyecto, se debía haber pedido la suspensión de las mismas. Estos criterios fueron confirmados por el juez de segunda instancia.

**2.3.1.** El trámite fue el siguiente: a) El 6 de diciembre del 2019 se emite resolución número veintiuno por la cual se declara improcedente la demanda de amparo interpuesto por Agostina Mayan Apikai y otros, contra el Gobierno Regional de Amazonas y otros b) La parte demandante presenta recurso de apelación de fecha 12 de marzo del 2020 c) El 9 de marzo de 2022 se emite resolución número 39, por la cual se revoca la resolución número 21, se declara fundado el recurso de apelación interpuesto por Agostina Mayan Apikai, se declara la nulidad de las Resoluciones Directoriales N° 012-2014, N° 044-2014, N° 040 2015 y ordena al Gobierno Regional de Amazonas se abstenga de emitir acto administrativo que apruebe el inicio de la etapa de la explotación minera del proyecto minero "Afrodita".

**2.4. Derechos afectados:** la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la consulta previa.

**2.5. Actores parte del proceso**

**2.5.1. Legitimación activa:** Agostina Mayan Apikai y otros.

**2.5.2. Legitimación pasiva:** Gobierno Regional de Amazonas y Compañía Minera Afrodita SAC.

**3. Estrategia de litigio**

**3.1. Pretensión:** son las siguientes: a) Declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 012-2014 GRAMAZONAS/DREM, que aprueba la declaración de impacto ambiental del proyecto de explotación "Afrodita" en la Concesión Minera Comaina 1. b) Declarar la nulidad de la Resolución Directoral Sectorial Regional N° 044-2014 GR. AMAZONAS/DREM, que aprueba el plan minado del proyecto minero Afrodita. c) Declarar la nulidad de la Resolución Directoral Sectorial Regional N° 040-2015 GR. AMAZONAS/DREM, que aprueba el plan de cierre de minas del proyecto de explotación "Afrodita". d) Ordenar al Gobierno Regional de Amazonas abstenerse de emitir el acto administrativo que apruebe el inicio de la etapa de explotación minera del proyecto minero "Afrodita". e) En caso de que se haya aprobado el permiso de inicio de la etapa de explotación, declarar nulo dicho acto administrativo por no haber realizado consulta previa y no haber obtenido el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las actividades de exploración minera del proyecto "Afrodita".

**3.2. Estrategia**

**3.2.1. Argumentos de derecho**

**3.2.1.1. Normativa y jurisprudencia nacional**

**3.2.1.1.1. Constitución Política del Perú, Art 139° inciso 5) en concordancia con los expedientes Exp. N° 1480-2006-AA/TC y Exp. N° 00728-2008-HC/TC:** para expresar el contenido esencial del derecho y Principio de Motivación de las Resoluciones Judiciales.

**3.2.1.1.2. Exp. N° 6316-2008-PA/TC- FJ 47:** por el que el Tribunal Constitucional peruano reconoce que la consulta previa debe hacerse no sólo a las comunidades directamente afectadas sino a aquellos que potencialmente puedan resultar afectadas; y que, sería utilizada como parte de la motivación de la Sala.

**3.2.1.2. Normativa y jurisprudencia internacional:** el legitimado activo no especifica ninguno.

### **3.2.2. Argumentos procesales**

#### **3.2.2.1. Normativa y jurisprudencia nacional**

**3.2.2.1.1. Código Procesal Civil del Perú Art. 364 y 370:** sobre la finalidad del recurso de apelación. Pertinente porque los demandantes impugnaron la improcedencia declarada por el juez en primera instancia, argumentando que no hubo análisis sustantivo ni procesal suficiente.

**3.2.2.1.2. Código Procesal Civil del Perú Art. 1° y Art. 5.5° en concordancia con los Art 49 y 148 del Código Procesal Constitucional:** los demandantes utilizarían este artículo como prueba de la impericia del juez en materia constitucional, denunciando que él utilizó una institución jurídica civil –la sustracción de la materia–no aplicable por mandato legal a un proceso de amparo constitucional, lo que configuraría un delito de parte del juez.

**3.2.2.1.3. Código Procesal Constitucional Art. VIII en concordancia con el Exp. N° 0569-2003- AC/TC, FJ. 3:** por el que se alegó que el juez debió disponer –pues no lo hizo– sobre los términos de la pretensión defectuosa, en aras de continuar con el proceso y tutelar un derecho fundamental. Es clave para evidenciar que el juez no cumplió con su rol protector en un proceso constitucional de amparo.

**3.2.2.1.4. Código Procesal Constitucional Art. III,** por el cual el juez constitucional es quien tiene la obligación de impulsar el proceso, por lo que no se admite la figura del abandono.

**3.2.2.2. Normativa y jurisprudencia internacional:** el legitimado activo no especifica ninguno.

### **3.3. Elementos probatorios clave:**

**3.3.1. Resolución N° 21 de fecha 6 de diciembre del 2019:** La sentencia de primera instancia fue expuesta como medio probatorio para exponer los argumentos inconsistentes con los que se justificó la improcedencia de la resolución.

**3.3.2. Código Procesal Civil del Perú Art. 1° y Art. 5.5° en concordancia con el Art 49 Código Procesal Constitucional:** los demandantes utilizarían este artículo como prueba de la impericia del juez en materia constitucional, denunciando que él utilizó la institución jurídica civil –la sustracción de la materia– de este artículo no aplicable por mandato legal a un proceso de amparo constitucional, lo que configuraría un delito de parte del juez.

En instancia, el Art. 49 del Código procesal constitucional excluye expresamente la figura del abandono en los procesos de amparo, dado su carácter tuitivo y de urgencia.

**3.3.3. Exp. N° 6316-2008-PA/TC- FJ 47**, por el que el Tribunal Constitucional peruano reconoce que la consulta previa debe hacerse no sólo a las comunidades directamente afectadas sino a aquellos que potencialmente puedan resultar afectadas; y que, sería utilizada como parte de la motivación de la Sala.

#### **4. Sentencia**

**4.1. Hechos en controversia:** La Compañía Minera Afrodita SAC expone que los demandantes no siguieron un debido proceso, a través de las vías procedimentales específicas, alegando que recurrieron al proceso de amparo y no a la vía procesal ordinaria para proteger sus derechos constitucionales amenazado o vulnerados.

**4.1.1.** ¿El juez de primera instancia debió declarar el abandono del proceso y por tanto la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo en el proceso de amparo?

**4.1.2.** ¿Los demandantes siguieron un debido proceso al recurrir al proceso de amparo y no a la vía procedimental ordinaria para proteger sus derechos constitucionales?

**4.1.3.** ¿Existió sustracción de la materia en la demanda constitucional de amparo?

**4.1.4.** ¿Existió transgresión al convenio 169 de la OIT de parte de la demandada?

**4.1.5.** ¿Existió vulneración al debido proceso y la tutela judicial efectiva?

#### **4.2. Motivación de la sentencia**

##### **4.2.1. Fundamento Normativo**

**4.2.1.1.1. Constitución Política del Perú Art 200:** por el que se indica que el proceso de amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución (Fund. 6to).

**4.2.1.1.2. Constitución Política del Perú Art 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado:** Por el que se alegan las características de la tutela judicial efectiva y las garantías judiciales.

El inciso 3 consagra el derecho al debido proceso y a una resolución fundada en derecho.

El inciso 5 establece el principio de motivación de las resoluciones judiciales, exigiendo que las decisiones sean razonadas, claras y ajustadas a los hechos y el derecho.

**4.2.1.1.3. Convenio 169 de la OIT:** Por el que se explica que cualquier comunidad, que potencialmente pueda ser afectada en su territorio por una concesión, debe ser consultada previamente. Establece que la consulta previa es un derecho colectivo y obligatorio, independiente de la titularidad formal de las tierras.

**4.2.2. Razonamiento:** Se razona en el sentido de indicar que los demandantes se configuran en la caracterización de pueblo indígena a la vista del Convenio 169 y que por ser su territorio pasible de afectación pueden invocar para si el derecho a la consulta previa. Además, de que la falta de motivación en la resolución que declara improcedente su demanda configura afectación a la tutela judicial efectiva y las garantías judiciales.

#### **4.3. Aplicación del control de convencionalidad**

**4.3.1. Convenio 169 de la OIT Art. 15:** La Sala alude a este convenio para señalar en los fundamentos octavo y décimo cuarto las características, el objetivo y la importancia de la consulta previa en posible afectación de derechos e intereses de pueblos indígenas.

**4.4. Desarrollo del derecho en cuestión:**

**4.4.1.** Se reconoce sobre la consulta previa:

**4.4.1.1.** Que es un derecho humano de titularidad colectiva, con alcance específico para los pueblos indígenas establecido en el convenio 169 de la OIT (fund 14.1)

**4.4.1.2.** La obligación de garantizar su realización recae en los gobiernos y no en personas o empresas privadas, inclusive en los casos en que éstos no estén directamente a cargo del proceso. (fund 14.2)

**4.4.1.3.** Debe hacerse independientemente de que los pueblos o comunidades indígenas tengan o no tituladas sus tierras. (fund 14.2)

**4.4.1.4.** El criterio fundamental para categorizar a un grupo como pueblo o comunidad indígena es la conciencia de su identidad (fund 14.3) sin importar su número (fund 14.4)

**4.4.1.5.** Tiene como finalidad un consentimiento (14.11) de buena fé (fund 14.5), libre, equilibrado y no condicionado (14.9) sobre potenciar una afectación positiva (fund 14.8) o evitar, prevenir, mitigar una afectación negativa. (fund 14.5)

**4.4.1.6.** Su obligatoriedad se genera cuando la medida que se prevé adoptar PUEDE AFECTAR de manera positiva o negativa los derechos colectivos de un pueblo o comunidad indígena. (fund 14.6) es decir cambiar su situación jurídica en el ejercicio de sus derechos colectivos. (fund 14.7)

**4.4.1.7.** El derecho a veto no existe como figura legal. (14.10)

**4.4.1.8.** El consentimiento no debe ser entendido como un derecho sino como un principio.

**4.4.1.9.** Los casos donde se deben haber consentimiento previo: i) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan; ii) cuando se pretenda almacenar o realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, iii) cuando se considere la ejecución de proyectos de gran envergadura, que pudieran poner en riesgo la existencia misma de un pueblo.

**4.4.2.** Sobre los cuestionamientos la motivación aparente: las mismas se desarrollan con mayor extensión en el fundamento décimo quinto.

**4.5. Resultado (medidas ordenadas).** La Sala ordena:

**4.5.1.** La nulidad de la resolución que declara improcedente la demanda de amparo.

**4.5.2.** La nulidad de las Resoluciones Directorales que aprobaban la declaración de impacto ambiental, el plan de minado, el plan de cierre de minas.

**4.5.3.** La anulación del acto administrativo que apruebe el inicio de la etapa de explotación.

**4.5.4.** La abstención del Gobierno Regional de Amazonas de emitir acto administrativo que apruebe el inicio de la etapa de explotación del proyecto minero "Afrodita".

**4.5.5.** En caso de haberse dictado el acto administrativo de aprobación de inicio de etapa de explotación.

**5. Estado de ejecución de sentencia**

**5.1.** Medidas ejecutadas

**5.2.** Medidas pendientes de ejecución

**5.3.** Obstáculos identificados

**5.4.** Litigio a nivel internacional