

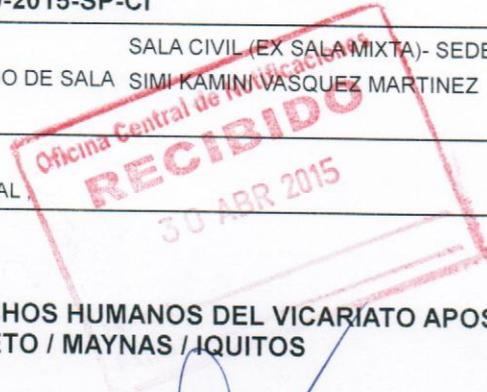
LORETO
Sede Central



420150032402014000931903122000010

NOTIFICACION N° 3240-2015-SP-CI

EXPEDIENTE	00093-2014-0-1903-SP-CI-01	SALA	SALA CIVIL (EX SALA MIXTA)- SEDE CENTRAL
RELATOR	LUIS M. ANGEL SALGADO DIAZ	SECRETARIO DE SALA	SIMI KAMINI VASQUEZ MARTINEZ
MATERIA	ACCION DE AMPARO		
DEMANDANTE	: LOPEZ TEJADA, ALFONSO		
DEMANDADO	: PROCURADOR PUBLICO DEL PODER JUDICIAL		
DESTINATARIO	LOPEZ TEJADA ALFONSO		



DIRECCION LEGAL : **SUB COMISION DE JUSTICIA PAZ - DERECHOS HUMANOS DEL VICARIATO APOSTOLICO DE IQUITOS - PUTUMAYO CDRA. 3 - LORETO / MAYNAS / IQUITOS**

Se adjunta Resolucion VEINTICUATRO de fecha 27/04/2015 a Fjs : 20
ANEXANDO LO SIGUIENTE:
SE ADJUNTA RES. 24 - SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO
Abog. SIMI KAMINI VASQUEZ MARTINEZ
Secretaria
Sala Civil Mixta C.S.J. Loreto

27 DE ABRIL DE 2015

SALA CIVIL (EX SALA MIXTA)- SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 1037-2014-SC(00093-2014-0-1903-SP-CI-01)
MATERIA : ACCION DE AMPARO
RELATOR : LUIS M. ANGEL SALGADO DIAZ
DEMANDADO : PROCURADOR PUBLICO DEL MINISTERIO DE
TRANSPORTES Y COMUNICACIONES Y OTROS,
DEMANDANTE : LOPEZ TEJADA, ALFONSO

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTICUATRO

Iquitos, veintiséis de marzo del dos mil quince.

VISTOS: Con informe oral de los letrados STEIN LAVARELLO ISRAEL, LUIS MIGUEL CORRALES DEXTRE, JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA, así como informe de hecho de los señores ALFONSO LÓPEZ TEJADA y RICARDO MIGUEL OBREGON MONTES, según constancia de relatoría de fojas novecientos cuarenta y dos; deliberada y votada la causa con arreglo a ley, los señores Jueces Superiores integrantes de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, han emitido la siguiente sentencia:-----

I. RESOLUCIÓN APELADA.

- **Resolución Número Quince - Sentencia**, de fecha diecisiete de octubre del dos mil catorce, en el extremo que **declaró FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta por ALFONSO LOPEZ TEJADA en representación de la Asociación Cocama de Desarrollo y Conservación San Pablo de Tipishca (ACODECOSPAT), en contra de JAVIER ILLESCAS (PROINVERSION), JAVIER CHOCANO PORTILLO, CARLOS PAREDES RODRIGUEZ, MINISTRO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, con emplazamiento de los Procuradores Públicos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, ordenando la suspensión del Proyecto denominado "Hidrovia Amazónica: Ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza - Iquitos - Santa Rosa; río Ucayali, tramo Pucallpa -

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO
Abog. SIMI KAREN M. MASQUEZ MARTINEZ
Secretaría
Sala Civil Mixta - C.S.J. Loreto

confluencia con el río Marañón” sobre proceso de amparo [fojas ochocientos dos al ochocientos quince].-----

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

▪ De la demandada Presidencia del Consejo de Ministros

En su recurso de apelación [fojas ochocientos veintisiete al ochocientos treinta y siete], el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros, encargado de la defensa de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN, solicita se revoque la recurrida, en base a los fundamentos de hecho y de derecho siguientes:-----

1. Un primer error de derecho es que el A-quo considera que la Resolución Suprema N° 076-2012-EF, que ratificó el Acuerdo adoptado por el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, es el acto administrativo que faculta el inicio de la ejecución del Proyecto, razón por la cual concluye erradamente que esa la medida legislativa que debe ser consultada.-----
2. Sin embargo, la citada Resolución Suprema no faculta y/o da inicio a la ejecución de un Proyecto, ya que dicha norma únicamente se limita a ratificar un Acuerdo tomado por el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN.--
3. La cuestionada sentencia ha omitido sustentar y/o siquiera mencionar en su parte considerativa ¿Por qué la medida legislativa o administrativa a ser consultada es la Resolución Suprema N° 076-2012-EF y no la Resolución Directoral que aprobaría el Estudio de Impacto Ambiental?-----
4. La sentencia impugnada incurre en error de derecho toda vez que ha preterido lo previsto en el artículo 50° y el artículo 122° del Código Procesal Civil, aplicables supletoriamente, incumpliendo las obligaciones legales en ellas reguladas, lo cual no sólo afecta nuestro derecho de defensa si no que desnaturaliza el presente proceso y determina la nulidad de la cuestionada sentencia.-----

 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO

Abog. SIMI KAZMI VASQUEZ MARTINEZ
Secretaria
Sala Civil de la C.S.J. Loreto

5. En la sentencia no se ha diferenciado conceptos claros como Concurso, Proyecto y la Ejecución del Proyecto, por lo que se podría inferir que en ella existe una contradicción entre la parte considerativa y la parte resolutive en torno a ¿Cuál sería el supuesto acto lesivo?, pues por un lado señala que el acto lesivo sería la ejecución del proyecto y por otro lado dispone la paralización y/o suspensión del proyecto, sin considerar que actualmente nos encontramos en la etapa del Concurso, es decir el Proyecto ni siquiera se ha iniciado.-----
6. La sentencia no cumple con los fines del proceso de amparo toda vez que en función a una muy particular interpretación del Juzgador, se estaría ordenando la realización de una Consulta Previa en una oportunidad diferente a la que la ley prevé lo que afectaría a diversos proyectos de promoción de la inversión privada que actualmente se encuentra en trámite.-----

▪ **De la demandada Ministerio de Transportes y Comunicaciones**

En su recurso de apelación [fojas ochocientos cuarenta y uno al ochocientos cuarenta y siete], el Procurador Público de esta entidad, solicita se revoque la recurrida, en base a los fundamentos de hecho y de derecho siguientes:-----

1. El error de la judicatura radica en haber definido como oportunidad para realizar la consulta previa al momento en que se emitió la Resolución Suprema N° 076-2012-EF, que únicamente ratifica el "Acuerdo adoptado por el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN de aprobar el Plan de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto Hidrovía Amazónica.-----
2. A la fecha no hay diseño, solo la idea de llevar a cabo un concurso internacional para seleccionar a quien lo diseñe y además lo financie, construya y opere para que al final lo transfiera al concedente.-----
3. Si la Judicatura ordena realizar la Consulta Previa conforme a los términos de la sentencia, advertimos que no existen consideraciones técnicas precisas a ser alcanzadas a las comunidades nativas, ya que el extremo

 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO

Abog. SHIRI KATILINI PASQUEZ MARTINEZ
Secretaría
Sala Civil y Penal C.S.J. Loreto

resolutivo no indica qué cosa debe consultarse, motivo por el cual la decisión jurisdiccional termina siendo oscura.-----

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA CIVIL DE LORETO.

➤ Antecedentes

Antes de resolver el fondo de la controversia, resulta conveniente efectuar algunas precisiones sobre lo actuado en este proceso:-----

PRIMERO: Con escrito de demanda de fecha seis de noviembre del dos mil trece [fojas cuarenta y cinco al noventa y uno], subsanado con el escrito de fecha diez de enero del dos mil catorce [fojas noventa y ocho], don ALFONSO LÓPEZ TEJADA, en representación de la Asociación Cocama de Desarrollo y Conservación San Pablo de Tipishca (en adelante, ACODECOSPAT), interpone demanda planteando la siguiente pretensión:-----

Pretensión: Suspender el Proyecto "Hidrovia Amazónica: Ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza – Iquitos – Santa Rosa; río Huallaga, tramo Yurimaguas – Confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa – confluencia con el río Marañón" hasta que no se realice la consulta previa con las comunidades del Pueblo Kukama Kukamiria, representadas por la Asociación Cocama de Desarrollo y Conservación San Pablo de Tipishca (ACODECOSPAT); alegando principalmente que la demandada AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA (PROINVERSIÓN) ha omitido sistemáticamente realizar el proceso de consulta previa, del dragado de los ríos Huallaga, Marañón, Ucayali y Amazonas, lesionando su derecho constitucional a la consulta previa; de conformidad además con el resto de los argumentos expuestos en su escrito postulatorio.-----

SEGUNDO: Mediante la Resolución Número Dos [fojas noventa y nueve al ciento uno], el Juez del Juzgado Mixto de Loreto – Nauta resuelve admitir la demanda en la vía de proceso constitucional de amparo.-----

TERCERO: En su escrito de contestación de fecha veinticinco de febrero del dos mil catorce [fojas ciento diez al ciento ochenta y uno], el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, deduce las excepciones de

TRIBUNAL SUPLENTE DE JUSTICIA DE LORETO

Abog. SIMÓN VASQUEZ MARTÍNEZ
Secretaría
Calle Comercio 100, J. Loreto

falta de agotamiento de vía previa, de prescripción, excepción de oscuridad en el modo de proponer la demanda; y contesta la demanda argumentando que el Proyecto Hidrovía Amazónico no implica la totalidad de la extensión de los ríos, sino únicamente el dragado de "malos pasos", pretendiendo que el tráfico fluvial sea transitable durante todo el año, con los demás fundamentos que constan en su escrito de contestación.-----

CUARTO: Con Resolución Número Cuatro [fojas ciento ochenta y nueve al ciento noventa], se tiene por contestada la demanda absuelta por el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y habiendo formulado excepción de falta de agotamiento de vía previa, excepción de prescripción y excepción de oscuridad en el modo de proponer la demanda, corrieron traslado a las partes por el término de dos días a fin de que los absuelvan.-----

QUINTO: A fojas trescientos cuarenta y nueve al trescientos setenta y cinco, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros, encargado de la defensa de la codemandada Agencia de Promoción de la Inversión Privada, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado y contesta la demanda aduciendo que considerando las características de los componentes del proyecto, se verifica que éste no comprende la explotación de recursos naturales tanto en la fase constructiva como operativa, es decir, no es un proyecto extractivo, además, no se efectuará una intervención que afecten los derechos colectivos; relacionados a aspectos socio culturales y tradicionales, de conformidad con los demás argumentos de su escrito de contestación.-----

SEXTO: Con Resolución Número Cinco [fojas trescientos setenta y seis al trescientos setenta y siete], se tiene por contestada la demanda absuelta por el Procurador Público del Consejo de Ministros, y habiendo formulado excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, corrieron traslado a las partes por el término de dos días a fin de que los absuelvan.-----

SÉPTIMO: Absuelto que fue el traslado de las excepciones [véase fojas trescientos noventa al trescientos noventa y cinco; y del trescientos noventa y siete al trescientos noventa y ocho], el Juez declaró infundadas las

ESTADO PLURALISTA
CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA DE COLOMBIA
Abog. SIBIRIO VÁSQUEZ MARTÍNEZ
Calle 100 No. 100-100
Bogotá D.C. J. Loreto

excepciones de falta de agotamiento de la vía previa; prescripción; oscuridad en el modo de proponer la demanda; falta de legitimidad para obrar del demandado interpuestas por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y por el PROCURADOR PÚBLICO DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, declaró saneado el proceso, y fijó fecha para informe oral el día viernes veintisiete de junio del dos mil catorce a horas diez de la mañana [Resolución Número Seis, fojas trescientos noventa y nueve al cuatrocientos siete].-----

OCTAVO: Con escrito de fecha siete de agosto del dos mil catorce [fojas setecientos ochenta y cinco al setecientos ochenta y ocho], la codemandada MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, comunica a la judicatura que la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en calidad de titular del Proyecto Hidrovía Amazónica, ha comunicado a la demandante que sí procederá con la consulta previa, conforme las etapas establecidas en el Reglamento de Ley N° 29785, por lo que solicita la sustracción de la materia, la que se puso en conocimiento de las partes mediante la resolución número catorce [fojas setecientos ochenta y nueve], y que fue contestada por la demandante en el sentido de emitir sentencia declarando fundada la demanda, pues ésta se ha presentada no solo para obtener el ofrecimiento de realizar el proceso de consulta por parte de los emplazados, sino la real y efectiva realización del proceso de consulta [véase escrito del uno de setiembre del dos mil catorce, a fojas setecientos noventa y ocho al setecientos noventa y nueve].-----

NUEVE: Finalmente, estando a los términos de la litis (pretensión y oposición) que precedentemente se han reseñado, el Juez de la causa ampara la pretensión de la asociación demandante basándose, principalmente, en que "(...) *habiéndose emitido la Resolución Suprema N° 076-2012-EF (...) que resuelven Ratificar el Acuerdo de PROINVERSION que aprobó el Plan de Promoción del Proyecto Hidrovía Amazónica. es esta la medida administrativa que debe tomarse en cuenta para efectos de determinar el momento de realizarse la consulta previa, porque a través de la misma se ratificó la solicitud a PROINVERSION de continuar con las siguientes etapas del proceso para entrega en concesión del proyecto, en el que se incorpora todos los tramos*

SE
PROCURADURIA
PÚBLICA
10-1116
Abog. SIMI KATARI YASQUEL MARTINEZ
Procurador
Sede Central - Calle C. J. Loreto

contenidos en el estudio de factibilidad que ya había sido aprobado y no a la presentación del informe Final y antes de la emisión de la Resolución Directoral que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIAAd) a nivel definitivo como manifiesta la demandada”. [Fundamento Décimo Sexto de la sentencia recurrida].-----

➤ **Cuestión a dilucidar**

DÉCIMO: Habiéndose determinado la posición de las partes del proceso, se tiene que la cuestión a dilucidar en estos autos girará en torno a determinar si debe suspenderse el Proyecto “Hidrovia Amazónica: Ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza – Iquitos – Santa Rosa; río Huallaga, tramo Yurimaguas – Confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa – confluencia con el río Marañón” hasta que no se realice la consulta previa con las comunidades del Pueblo Kukama Kukamiria, representadas por la Asociación Cocama de Desarrollo y Conservación San Pablo de Tipishca (ACODECOSPAT) y, solo si el análisis realizado nos brinda una respuesta afirmativa, determinar el momento a partir del cual rige tal suspensión, esto es, a partir de la publicación de la Resolución Suprema N° 076-2012-EF, que ratificó el Acuerdo adoptado por el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, o partir de la presentación del informe Final y antes de la emisión de la Resolución Directoral que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIAAd) a nivel definitivo.-----

➤ **Análisis del caso concreto**

Definida la cuestión a dilucidar, el Colegiado considera necesario desarrollar brevemente un tema medular que nos brindará luces para la solución de la controversia: la consulta previa. Para ello, preliminarmente nos referiremos brevemente a la Organización internacional de Trabajo (en adelante, OIT) y al Convenio N° 169, ya que ésta norma internacional creada por aquel organismos, regula por vez primera el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, y nos permitirá una mejor comprensión de la envergadura de la problemática que ahora nos ocupa. También nos referiremos muy brevemente a la relación de la consulta previa

con otros derechos y al tratamiento que le brindan otras normas internacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y nuestro país a este derecho-----

- La OIT y el Convenio N° 169

DÉCIMO PRIMERO: La OIT fue fundada en 1919 y se convirtió en la primera agencia especializada de la ONU en 1946. Sus objetivos principales son “promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de empleo dignas, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo”¹. En 1957, la OIT adoptó el Convenio 107, que consagraba de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habían habitado tradicionalmente, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. El convenio comenzó a ser blanco de críticas por tender hacia la integración a la modernidad de los pueblos indígenas, a los cuales denominaba “poblaciones”. Todo ello fue reconocido por una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT en 1986². Como producto de la revisión del mencionado convenio, en 1989 la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las comunidades indígenas. Es una herramienta jurídica vinculante para los veinte países que lo han ratificado desde entonces³.-----

DÉCIMO SEGUNDO: El Convenio N° 169 establece por vez primera la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6°), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y

¹ Organización Internacional del Trabajo, Acerca de la OIT, disponible en http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm.

² Guía de Aplicación, Convenio 169, p. 7; Organización Internacional del Trabajo, Convenio 107, disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>.

³ Los Estados parte del Convenio 169 son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiyi, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Noruega, Paraguay, **Perú**, España y Venezuela. Nuestro país lo aprobó mediante Resolución Legislativa N° 26253, del 05 de diciembre de 1993, y lo ratificó el 17 de enero de 1994 y se encuentra vigente desde el 02 de febrero de 1995, conforme el pronunciamiento del TC en el Exp. N° 00025-2009-PI/TC.

regionales de desarrollo (arts. 6° y 7°) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15)⁴. El convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad o, por lo menos, llegar a un acuerdo. Ello lo desarrolla de manera amplia la Guía de Aplicación del Convenio 169, que la OIT adoptó como respuesta a numerosas solicitudes de los Estados parte, pueblos indígenas y organizaciones sociales que buscaban conocer con mayor profundidad el significado, el alcance y los impactos del convenio. En esta guía se manifiesta que los Estados deberán celebrar consultas, incluso cuando se modifiquen disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que los pueblos indígenas, como “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país”⁵.-----

- *La Consulta Previa y su relación con otros derechos*

DÉCIMO TERCERO: Este panorama preliminar, nos permite concluir que los Estados deben garantizar que los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos, teniendo en cuenta que esta consulta debe estar dirigida a alcanzar un acuerdo en relación a las acciones administrativas o legislativas que tengan un impacto sobre sus derechos. Asimismo, el derecho a la consulta, y el deber estatal correlativo, se vinculan con múltiples derechos humanos individuales y colectivos. Además de manifestar el derecho a la participación, el derecho a ser consultado es fundamental para el goce efectivo del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente, y también se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura de estos pueblos puede resultar afectada por las decisiones estatales que les conciernen. El derecho a la consulta previa cobra especial vigencia en la realización de planes o proyectos de desarrollo e inversión y en la implementación de concesiones extractivas en territorios ancestrales, puesto que tales planes, proyectos o concesiones, al menoscabar los recursos naturales que allí se encuentran,

⁴ Convenio 169, arts. 6°, 7°, 15.

⁵ Guía de Aplicación, Convenio 169, p. 14.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO
SECRETARÍA

Abog. SIMI KAMAYASOQUEZ MARTINEZ
Secretaría
Caja 014, Loreto, C.S.J. Loreto

pueden afectar la supervivencia y la integridad cultural de los pueblos indígenas y sus miembros. La participación efectiva de los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones y formas propias de organización **es requerida antes de la aprobación e implementación de estos planes, proyectos o concesiones, en tanto garantía de su supervivencia individual y colectiva**, tal y como lo ha explicado la CIDH en su Informe sobre "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales"⁶.

- *Otras normas internacionales que reconocen el derecho a la consulta previa*

DÉCIMO CUARTO: Los derechos colectivos, en especial el derecho de consulta previa, libre e informada, están reconocidos en varios instrumentos internacionales, vinculantes o no a los Estados que los suscriben, lo cual exige de éstos una revisión e incorporación de este derecho en la normativa interna, de cara a garantizar su plena vigencia y ejercicio. En este sentido, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco normativo internacional, surge como una necesidad de mostrar la sistemática exclusión de estos pueblos en la historia de la humanidad.

DÉCIMO QUINTO: Desde 1977, con la Conferencia internacional de organizaciones no gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas, se discutieron temas relacionados, por un lado, con la discriminación y racismo contra los pueblos indígenas y, por otro, con otros temas asociados a la contribución de dichos pueblos al desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual de las sociedades en todo el mundo. A partir de ese hecho y en consonancia con los postulados contenidos en varios instrumentos internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otros relacionados con la prevención de la discriminación; se abren espacios de dialogo en instancias internacionales como Naciones Unidas para sentar las bases del reconocimiento de algunos derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el de

⁶ <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>

consulta previa, libre e informada. Así, instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, nos señalan la ruta del ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada. La finalidad de la consulta, como se dijo, es lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado acerca de las medidas propuestas por el Estado (OIT, 1999: 6, 15 y 16; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2006: 19, 30 y 32).

- *La Consulta Previa para la CIDH*

DÉCIMO SEXTO: Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no ha definido hasta la fecha lo que debe entenderse por consulta previa, sin embargo ha señalado que el hecho de asegurar la participación adecuada de las comunidades implica la obligación estatal de “*aceptar y brindar información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible*”⁷. Asimismo, la CIDH, en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam⁸, determinó que el Estado tiene la obligación de consultar al pueblo Saramaka, de buena fe y de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, cuando se trate de decisiones administrativas o legislativas que afecten o se refieran a: a) Los límites territoriales; b) El reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva; c) La adopción de medidas que reconozcan el derecho de consulta; d) El reconocimiento de titularidad de derechos colectivos sobre los territorios; e) La restricción de derechos de propiedad respecto de planes de desarrollo o inversión; f) Los resultados de estudios de impacto ambiental o social⁹. Puede observarse que,

⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, 2008. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 17. Consultado en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf. En adelante, CIDH, 2008.

⁸ El 23 de junio de 2003, la Asociación de Autoridades Saramaka y doce capitanes Saramaka presentaron ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda en contra del Estado de Surinam, por la parte demandante, debido a las presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka, comunidad tribal en la región del río Surinam. La Comisión alegó que el Estado no adoptó medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y al goce del territorio, tampoco les brindó acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente los derechos a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales y a ser consultados antes de la adopción de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que puedan tener mayor impacto dentro del territorio Saramaka. En este sentido, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones, y además compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo (CIDH, 2008).

⁹ CIDH, 2008: párrafo 17

la sentencia de la CIDH permite configurar el derecho de las comunidades al consentimiento previo, libre e informado –y no solamente a la consulta–, antes de la adopción de medidas estatales que puedan causar impactos a gran escala. Estos impactos están relacionados con los megaproyectos desarrollados tanto por el Estado como por empresas privadas, que afectan a gran escala y directamente los territorios de las comunidades y por ende a los colectivos humanos que viven en las áreas de influencia de esos proyectos.-----

DÉCIMO SÉPTIMO: Por otro lado, la CIDH, en su más reciente sentencia en un caso ecuatoriano el veintisiete de junio de dos mil doce declaró, por unanimidad, que *“el Estado del Ecuador es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21° de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del pueblo indígena kichwa Sarayaku, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, desde finales de la década de los años 90, sin haberle consultado previamente”*¹⁰. Esta sentencia constituye un precedente jurisprudencial importante en materia de derechos colectivos y, en especial, el de consulta previa, libre e informada, pues es un instrumento vinculante para el Estado ecuatoriano, por ser signatario de la Corte. Además, la sentencia constituye *per se* una forma de reparación, ya que el Tribunal dispuso diversas medidas de restitución, satisfacción, garantías de no repetición, compensaciones e indemnizaciones a favor de los demandantes¹¹.-----

- *La importancia de la Consulta Previa en un Estado Constitucional de Derecho*

DÉCIMO OCTAVO: En sociedades como la nuestra, que están reguladas bajo el paraguas de un Estado constitucional de derechos y justicia, el Estado tiene la obligación de tutelar jurídicamente el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados, tanto en la Constitución como en los instrumentos

¹⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Sentencia de fondo y reparaciones, caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador”. Costa Rica, 27 de junio del 2012. Consultado en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?Idcaso=388>.

¹¹ En el acápite cuarto se analizara este caso y la sentencia de la CIDH a profundidad.

internacionales de derechos humanos, conforme al paradigma neoconstitucional que están inclusive por sobre la soberanía del Estado y cualquier derecho patrimonial. En los últimos años, la exigencia de la Consulta Previa ha cobrado gran importancia, en especial en temas relacionados con el ambiente, pues su control y gestión han desencadenado conflictos socioambientales que afectan directamente la vida de los colectivos. Siendo ello así, la importancia de acoger o regular el derecho a la consulta previa en un Estado Constitucional de Derecho, radica en la finalidad que persigue, la cual facilita la toma de decisiones por parte del Estado, en tanto se establece la posibilidad de llegar a acuerdos entre este y las comunidades o pueblos indígenas que pueden ser afectados, con excepción de los temas en los cuales, de acuerdo a la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, es indispensable el consentimiento previo. Llegar a acuerdos es un tema clave ya que no solo facilita el ejercicio del poder estatal y la legitimización de las medidas adoptadas por el Estado, sino que, además, se podrían evitar conflictos socioambientales que limitan el ejercicio de los derechos humanos e impiden la ejecución de las políticas públicas y adecuado funcionamiento del aparato estatal.-----

- *La Consulta Previa: El caso Peruano*

DÉCIMO NOVENO: Nuestro país fue uno de los primeros países en suscribir y ratificar instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Sin embargo, en la práctica no se han materializado todos estos derechos y principios en las políticas públicas y normativa interna, en particular el derecho a la consulta previa, libre e informada. A partir de los sucesos violentos de Bagua del cinco de junio de dos mil nueve, que conllevaron a la protesta de organizaciones indígenas amazónicas por la aprobación de decretos legislativos –sin que medie consulta– que afectaban el derecho a la tierra de estas comunidades, el Estado decidió tratar el tema de la ley de consulta previa, libre e informada y se presentó un proyecto de ley¹². El debate de la ley fue amplio especialmente por

¹² Por mandato derivado de la STC 5427-2009-PC/TC con fecha el 12 de mayo de 2011 se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Aprueban Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades

la incorporación de temas delicados como: a) La disposición expresa de que si no se logra el acuerdo o consentimiento no significa que los pueblos indígenas consultados conserven el derecho a veto; b) La definición de pueblos indígenas, que se estaría extendiendo indebidamente a las comunidades campesinas andinas y ubicadas en la costa; c) La decisión de establecer la representatividad y legitimidad de las organizaciones indígenas que son materia de consulta a cargo del poder ejecutivo; d) La aplicación de la ley a futuras medidas legislativas y administrativas, pretendiendo que sigan vigentes aquellas disposiciones inconsultas que han afectado a los pueblos indígenas¹³. Posteriormente, mediante la **Ley N° 29785**, se aprobó la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicado el siete de setiembre de dos mil once, regulándolo esencialmente en su artículo 2° y 3°; y su reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 001-2012-MC, y publicado el tres de abril del dos mil doce, llenando el vacío legal sobre el tema existente hasta la fecha.-----

VIGÉSIMO: Por su parte nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC), motivado por la conflictividad social generada a partir del año dos mil nueve, ha buscado afianzar el valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, lo cual atraviesa por afirmar el conjunto de garantías que exige su condición de derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT¹⁴. Este rol de concretización lo asumió frente a la omisión legislativa de desarrollo¹⁵, que posibilitó institucionalizar el debate sobre la problemática indígena en desmedro de posturas antisistémicas.-----

Minero Energéticas. De esta forma el Ministerio de Energía y Minas asume la responsabilidad constitucional que le correspondía en la materia, 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.

¹³ LA ROSA CALLE, Javier. "El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: dificultades para su implementación". Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), 2010.

¹⁴ STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC.

¹⁵ Debe recordarse que la Ley de Consulta Previa se publicó recién el año dos mil once.


Corte Superior de Justicia de Loreto
Abog. SIMON MININI VASQUEZ MARTINEZ
Secretaria
Sala Civil Mixta C.S.J. Loreto

VIGÉSIMO PRIMERO: Para el TC el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado: **a)** el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; **b)** el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y **c)** el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”¹⁶. Además, ha manifestado que *“El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT. Por ello requiere de procedimientos apropiados a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, siendo constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. En abstracto no corresponde determinar cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. En ese sentido, es posible distinguir cuando menos tres modos que éstas pueden revestir: (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y, (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general”*¹⁷.

¹⁶ STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 37

¹⁷ STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 21

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO

Abog. SIMI KARY VASQUEZ MARTINEZ
Secretaria
Sala Civil Sexta C.S.J. Loreto

- *Conclusión*

VIGÉSIMO SEGUNDO: Desde la perspectiva dogmática, legal y jurisprudencial [nacional e internacional] citada, se puede inferir que la consulta previa es un derecho inherente a los pueblos indígenas y tribales reconocido tanto por los convenios internacionales ratificados por nuestro País [Convenio N° 169, Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.] por lo que su observancia y aplicación es obligatoria para las entidades estatales cuyas medidas estatales (*administrativas o legislativas*) tengan por efecto menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas; así como recientemente por normas legales específicas [Ley N° 29785 y D.S N° 001-2012-MC]. Siguiendo esa línea, también puede afirmarse que la consulta previa, dado su carácter **obligatorio**, se constituye en un **deber del Estado** [sólo el Estado en su conjunto, a través de las instancias pertinentes, puede y debe realizarlo] que le impele a organizarse de tal manera que **la participación** de los integrantes de un pueblo indígena o tribal que pueda verse afectado con alguna medida estatal vinculada con la realización de planes o proyectos de desarrollo e inversión y/o en la implementación de concesiones extractivas en territorios ancestrales, **sea tangible**, es decir, un proceso informado que permita conocer ha detalle, de manera clara y en un idioma y lenguaje comprensible para los pueblos indígenas afectados, las bondades y perjuicios de la medida estatal a implementarse o a adoptarse, con oportunidad para absolver o aclarar cualquier incertidumbre relacionada con ella, y realizado **de buena fe**, aspecto que permite afianzar el significado de la democracia, ya que la buena fe es un principio vigente en países con sistemas democráticos como el nuestro. Esto, sin temor a equivocarnos, apaciguará la nociva práctica mecanizada de los procesos de consulta, actualmente enfocados como meros actos formales impuestos por los convenios o dispositivos legales vigentes en nuestro país, para viabilizar los proyectos estatales vinculados con nuestro desarrollo económico.

VIGÉSIMO TERCERO: Lo hasta aquí expuesto, nos hace notar que en el caso concreto son dos los derechos constitucionales que se encuentran en colisión: por un lado, está el derecho a la autonomía estatal y, por el otro, está el derecho a la consulta previa [y con ella los derechos colectivos asociados]. Un somero análisis de ponderación entre estos dos derechos, permitiría establecer una relación según la cual cuanto mayor es la intensidad de la intervención [limitación] del derecho a la consulta previa, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin legal [desarrollo económico y social]. Si tal relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho a la consulta previa habrá superado el examen de la ponderación y no será ilegal; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en el derecho a la consulta previa sea mayor al grado de realización del fin legal [desarrollo económico y social], entonces, la intervención en dicho derecho no estará justificada y será ilegal. En ese sentido, valorando cada una de las intensidades¹⁸, de autos se aprecia que la limitación al derecho a la consulta previa es *grave*, toda vez que la realización del proyecto [actualmente en la etapa de inversión] establece una *limitación absoluta o total* del ejercicio del derecho del demandante, esto es, se está desarrollando sin haber ejecutado la consulta previa. Mientras que el grado de realización del fin u objetivo es *débil*, ya que el objetivo ha sido adoptado contraviniendo el ordenamiento jurídico. Asimismo, si bien este Colegiado reconoce la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de esta parte del país, también es consciente que las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen para su bienestar físico, cultural y espiritual. En ese sentido, la realidad nos enseña que la limitación al derecho a la consulta previa propicia un contexto conflictivo, de zozobra, y de alarma social cuyas consecuencias resultan ser a la larga más costosas para el Estado [ej.: caso Bagua, Conga, etc.]. Por ello, conforme a la ponderación efectuada se concluye que la medida adoptada por el Estado no satisface la ley de ponderación y, por

¹⁸ La valoración de las intensidades puede ser catalogada como: grave, medio o leve [STC 0045-2005-PI/TC, fundamento N° 35.], escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil.

tanto, es ilegal. Es esta la razón por la cual la reciente Ley de Consulta Previa y su Reglamento –al igual que los Tratados y convenios internacionales a los que se hizo referencia anteriormente- regulan que **la oportunidad** para efectuar y desarrollar la consulta previa es **antes** de la aprobación e implementación de las medidas estatales [planes, proyectos o concesiones, artículos 2° y 4° de la Ley y artículo 5° de su Reglamento] en territorios de pueblos indígenas, en tanto se constituye como herramienta garante de la paz social, por medio del diálogo intercultural con la finalidad de alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.-----

VIGÉSIMO CUARTO: Expuestas estas razones, del estudio de autos se verifica que no existe prueba alguna en donde se demuestre que la entidad estatal a la que está adscrita la codemandada PROINVERSIÓN y/o el Ministerio de Transporte y Comunicaciones hayan realizado la consulta previa en el caso sub materia a las comunidades o pueblos indígenas ubicados en la zona de incidencia del proyecto, con las formalidades que establece el Convenio N° 169, que permita asegurar la participación de dichos pueblos en la toma de decisiones del Estado, velando directamente por sus preclaros intereses, y en donde se le obligue a éste a aceptar y brindar información sobre los impactos de dicha actividad, en un lenguaje y/o idioma entendible y públicamente accesible, infracción legal que configura una grave y latente amenaza para la supervivencia y subsistencia de dichos pueblos.-----

VIGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, Conforme lo dispone el inciso 2 del artículo 200° de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 1° y 2° del Código Procesal Constitucional, ley N° 28237, el proceso constitucional de amparo es una garantía constitucional que tiene por objeto **reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional**, por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona y a cuyo procedimiento especialísimo y sumarísimo se recurre de manera residual. Es decir, si no existe otro camino procesal para acceder a la pretensión jurídica. Así, el Proceso de Amparo **no es declarativo de derechos, sino que sirve para restituirlos, cuando son objeto de trasgresión.** En tal sentido, la pregunta

inexorable que surge como consecuencia de lo expuesto es ¿si en el caso concreto es posible restituir el derecho a la consulta previa teniendo en cuenta que el Proyecto actualmente se encuentra en etapa de inversión? A juicio de este Colegiado, en el caso sub materia la restitución del derecho vulnerado [la consulta previa] no sería la salida más armoniosa para las partes, toda vez que implicaría anular hasta aquí lo actuado administrativamente por el Estado en relación con el Proyecto, medida que no sería coherente con el petitorio del demandante [solicita suspensión del proyecto] y con la conducta colaboradora mostrada por las partes durante la Audiencia de Vista de la Causa en donde manifestaron públicamente su voluntad de continuar con la ejecución del proyecto –entiéndase, en el estado en el que se encuentre- condicionado a la realización de la consulta previa, actitud rescatable y que debe reconocerse y validarse. Por tanto, es arreglado a derecho **ordenar la suspensión del Proyecto denominado** “Hidrovia Amazónica: Ríos Maraón y Amazonas, tramo Saramiriza – Iquitos – Santa Rosa; río Ucayali, tramo Pucallpa – confluencia con el río Maraón”, hasta la efectiva realización y culminación del proceso de consulta previa, debiendo puntualizarse que al tratarse de la medida de suspensión es inoficioso pronunciarse sobre el momento a partir del cual rige ésta.-----

VIGÉSIMO SEXTO: Finalmente, en cuanto a los escritos de fecha dieciséis de marzo del dos mil quince [fojas novecientos veinticuatro al novecientos veinticinco] y de fecha diez de marzo del dos mil quince [fojas novecientos treinta y cinco al novecientos treinta y siete], mediante el cual el Procurador del Ministerio de Transportes y el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, comunica y solicita, respectivamente, la conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo por sustracción de la materia, al haberse dejado sin efecto el Proyecto, debe indicarse que los acuerdos adoptados administrativamente no se constituyen en garantía incontrovertible de realización del proceso de consulta previa, razón por la cual la disposición en la que se respaldan las solicitudes antes mencionadas no puede ampararse, más aún cuando tal decisión expresamente señala que “*se está definiendo el acto administrativo que será sometido a consulta previa, situación que podría conllevar a la necesidad que la consulta se realice de forma aparejada al*

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO**
Abog. SIMON CARMIN VASQUEZ MARTINEZ
Secretaria
Sala Civil Mixta C. and. Loreto

proceso de promoción (...)” [foja novecientos treinta y dos, párrafo cinco], hecho que a juicio de este Colegiado es contrario a los convenios internacionales ratificados por nuestro país, puesto que como se dijo con anterioridad todo proceso de consulta previa debe realizarse con anterioridad a la adopción de la medida estatal [legal o administrativa] y no en paralelo ni mucho menos después. En consecuencia, al no existir sustracción de la materia, corresponde desestimarse los agravios denunciados y confirmarse la recurrida.-----

IV. FALLO:

Por tales consideraciones, la Sala Civil de Loreto, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia contenida en la resolución número quince, de fecha diecisiete de octubre del dos mil catorce, en el extremo que **declaró FUNDADA EN PARTE** la **demanda de amparo**, debiendo puntualizarse que el proyecto se suspende hasta la culminación del proceso de consulta previa, siendo inoficioso pronunciarse sobre el momento a partir del cual rige dicha suspensión. Siendo ponente el señor **Mercado Arbiato**.-----

SS. **MERCADO ARBIETO**

SOLOGUREN ANCHANTE

CARRIÓN RAMÍREZ

 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO
Abog. SIMI KAWARI MASQUEZ MARTINEZ
Secretaria
Sala Civil Sexta C.S.J. Loreto

