

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**INFORME JURÍDICO DEL EXPEDIENTE 06316-2008-PA/TC**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

**Autor**

Ariana Nicold Paucar Baldeón

**Revisor**

José Saldaña Cuba

Lima, 2021

## RESUMEN

En el año 2009, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta por AIDSESEP contra el Ministerio de Energía de Minas, Perupetro, Barret Resource Perú Corporation y Repsol YPF, al indicar que no se había demostrado la presencia de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la zona que abarcaban los lotes 39 y 67, contratos de licencia de exploración y explotación, respectivamente, celebrados con el Estado vía decretos supremos y la no suspensión de estas actividades.

Dicha decisión conlleva a la vulneración del derecho al territorio de los pueblos indígenas en la zona, desencadenándose mayores afectaciones a sus derechos, puesto que las actividades a realizarse implican el ingreso de terceros a la zona que habitan, exponiendo a los PIACI a su consecuente muerte por los conflictos que se desarrollan, así como la exposición a enfermedades.

Frente a ello, el presente informe jurídico aborda la problemática de la vulneración al derecho al territorio de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, ante la primacía de la explotación de recursos naturales por sobre derechos humanos en cumplimiento de lo dispuesto por el marco jurídico peruano y diversos tratados a los que el Perú está adscrito sobre pueblos indígenas.

Palabras claves: PIACI, derechos, territorio, propuesta de reserva territorial, contratos.

### Abstract

In 2009, the Constitutional Court declared inadmissible the application for amparo filed by AIDSESEP against the Ministry of Energy of Minas, Perupetro, Barret Resource Peru Corporation and Repsol YPF, indicating that the presence of indigenous peoples in voluntary isolation had not been proven. and initial contact in the area covered by lots 39 and 67, exploration and exploitation license contracts, respectively, entered into with the State via supreme decrees and the non-suspension of these activities.

This decision leads to the violation of the right to territory of the indigenous peoples in the area, triggering greater effects on their rights, since the activities to be carried out imply the entry of third parties to the area they inhabit, exposing the PIACI to their consequent death. by the conflicts that develop, as well as the exposure to diseases.

Faced with this situation, this legal report addresses the problem of the violation of the right to territory of indigenous peoples in isolation and in initial contact, given the primacy of the exploitation of natural resources over human rights in compliance with the provisions of the Peruvian legal framework and various treaties to which Peru is attached on indigenous peoples.

Keywords: PIACI, rights, territory, territorial reserve proposal, contracts.



## Agradecimientos

*A mis padres y a mis hermanos por su infinita paciencia,*

*esfuerzo y apoyo incondicional; y,*

*a mi mamita,*

*por ser el ángel que cuida de mí desde que partió y*

*siempre estará presente en este camino.*



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
JUSTIFICACIÓN DE ELECCIÓN	3
MARCO JURÍDICO	4
I. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE DESPRENDEN DEL CASO	
1. Contexto	7
2. Procedimiento judicial	
a. Resolución de Primera Instancia: Primer Juzgado Civil de Maynas	10
b. Resolución de Segunda Instancia: Sala Civil de Loreto	10
c. Resolución del Tribunal Constitucional: Improcedente	11
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO	
2.1 Problema jurídico principal	14
2.2 Problemas jurídicos secundarios	15
2.2.1 ¿Se presenta una posible superposición de territorios de la propuesta de Reserva Territorial Napo tigre habitados por los pueblos indígenas en aislamiento voluntario ubicados en los Lotes 39 y 67?	
2.2.2 ¿Cuáles son los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que se vulneran con la superposición de territorios en los Lotes 39 y 67 de acuerdo a la Ley N° 28736?	
2.2.3 ¿Cuáles son las consideraciones legales en el marco del derecho constitucional e internacional a tener en cuenta para la determinación de la suspensión o no de los contratos suscritos entre el Ministerio de Energía y las empresas en relación a los lotes 39 y 67 ubicados en el territorio de la propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre?	

III.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO	
3.1	territorio que abarcan los lotes 39 y 67 y su superposición al área de la Propuesta de Reserva Territorial	15
3.2	Situación de los PIACI	19
3.2.1	Estándar de protección a nivel nacional e internacional	20
3.3	La seguridad jurídica de los contratos ley	28
IV.	PLANTEAMIENTO DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA	
4.1	Experiencias identificadas en las actividades extractivas	29
V.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	34
	BIBLIOGRAFÍA	36

## INTRODUCCIÓN

La situación de los pueblos indígenas en el Perú es revalorizada al referirnos a la diversidad cultural del país, pero se dejan de lado las condiciones de vida que les aquejan al vivir en zonas alejadas a la capital. Sin embargo, el panorama se agudiza cuando se trata de poblaciones indígenas en contacto inicial y en aislamiento voluntario, donde las primeras se refiere a quienes han ido estableciendo relaciones con los demás aledaños a su zona; es decir, los demás miembros de la sociedad; mientras que, los segundos serán aquellos que no han desarrollado suficientes relaciones interpersonales con los demás conciudadanos, o que optaron por alejarse de esas relaciones, muchas veces se ubican en zonas remotas de difícil acceso, pero que están comprendidas en el territorio peruano.

El presente informe jurídico versa sobre el Expediente N° 06316-2008 que arribó al Tribunal Constitucional con la demanda interpuesta por AIDSESEP contra el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro, Barret Resource Perú Corporation y Repsol YPF, al vulnerarse derechos a la vida, integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral; y, con un mayor énfasis, el derecho al territorio de las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial tales como los Waorani (Tagaeri-Taromenane), Pananajuri (Arabela) y Aushiris o Abijiras, comprendidos en la Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre” ubicada en Loreto.

En la primera parte, se abordarán los principales problemas jurídicos encontrados a partir de la situación descrita para desarrollarlos en la segunda parte respondiendo acerca de la superposición de territorios, la que se presenta a partir de la explotación de los lotes 39 y 67 y la ubicación de la Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre, con la que se buscará la protección de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial con sus respectivos derechos. Asimismo, se describirá el marco protector legislativo de los pueblos indígenas y de los contratos para la exploración y explotación de los lotes, los que son materia del presente caso, toda vez que existe una gran resistencia tanto de las instancias que preceden como del mismo Tribunal

Constitucional acerca de la suspensión de estos, por lo que se presentará la aplicación de la propuesta en la última parte del informe, demostrando que dicha situación se presentó con anterioridad en el país resultando posible la suspensión de los contratos al vulnerarse los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial.





## **JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN**

El derecho como herramienta necesaria para la protección de nuestros derechos ha sido una motivación más para continuar en este camino como alumna, pero siempre consideré que existe población mucho más desprotegida y expuesta que aquellos que tenemos conocimiento de lo que se nos vulnera y, peor aún, un sector más reducido que tiene los medios para exigirlos y llevar a cabo un proceso que los respalde. Es así que, los derechos de los pueblos indígenas me resultaron imposibles de invisibilizar, tomando en cuenta el proceso de colonización por el que atravesó el país, en el que siempre se buscó ‘civilizarlos’ en cuanto idioma, tradiciones, costumbres y religión, lo que no solo ignoraba la riqueza cultural que ello implica, sino que, se dejaban de lado sus derechos al no considerárseles ciudadanos durante una época de la historia peruana, pasando de ser esclavos a ser sujetos tributarios para la corona hasta lograr un pluralismo jurídico, en el que se tomaban en cuenta sus autoridades y se les brindaba una mínima protección. Sin embargo, las autoridades nacionales no siempre se han involucrado con esta garantía de sus derechos, toda vez que ante la presencia de grandes recursos naturales que implican grandes inversiones extranjeras en el país, se ha optado por priorizar el desarrollo de los segundos, desencadenándose conflictos entre población indígena y autoridades que finalizan con pérdidas humanas y afectaciones irreparables, tal como lo sucedido en Bagua en el año 2009.

Es por ello que, considero que los pueblos indígenas requieren de una mayor inclusión en la sociedad y el respeto de sus derechos como ciudadanos peruanos y no buscar el contacto forzado, toda vez que existe población indígena en contacto inicial y en aislamiento voluntario, siendo estos últimos muchos más propensos a vulneraciones al haber decidido alejarse de más espacios en los que se desarrollan las personas, protección que se les brindaría de existir mayores Reservas Territoriales en el país y del ejercicio efectivo de la consulta para aquellas poblaciones posiblemente afectadas, por lo que, el presente informe jurídico pretende denotar las vulneraciones de los derechos indígenas que son desplazados ante la presencia de intereses económicos, los que podrían desarrollarse tomando en cuenta los derechos a respetar tanto de la población como del territorio en el que se trabajará por parte de las empresas y del Estado.

## MARCO JURÍDICO

- Convenio N° 169

Instrumento internacional que incide en la protección de los derechos indígenas, estableciendo en el artículo 26, inciso 1, el derecho de estos a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido; además, el inciso 2, que indica que los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional; y, el inciso 3 del referido artículo, que incide particularmente en el Estado, quien deberá asegurar el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos. Los artículos 19, que indican particularmente en el derecho a la consulta que deberá aplicar el Estado; y, el 32, que se refiere a la consulta ante la aprobación de las comunidades para aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios.

Por último, los artículos 29, respecto a que los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en sus tierras o territorios.

- Constitución Política del Perú

Los artículos que se aplicarán del presente instrumento, serán los contemplados en el artículo 2, inciso 1, respecto al derecho a la vida, artículo 19, identidad étnica y cultural; y, el 62, acerca de la libertad de contratar, que indica que los contratos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

- Ley N° 29785

Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, cuyo artículo 2 establece los supuestos en los que debe ser consultada la población indígena. Asimismo, el artículo 5 se refiere a los sujetos del derecho a la consulta siendo los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa. Además del artículo 8 para referirse a las

etapas del proceso de consulta; y, el artículo 14, para mencionar el proceso de diálogo intercultural.

- Ley N° 28736

Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, la que define en su artículo 2 la población en referencia. El artículo 3, inciso b, será necesario para referirse al proceso por el cual deben atravesar las reservas indígenas para ser consideradas como tales. Asimismo, el artículo 4 expresa los derechos de los miembros de los pueblos en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial, para relacionarlo con el artículo 5, que se refiere al carácter intangible de las reservas indígenas, incluyendo la prohibición de cualquier actividad distinta a la de sus usos y costumbres ancestrales de la población. Es menester referirse a la aprobación del Dictamen que modifica la mencionada Ley, con lo que se garantiza la protección de las Reservas, al no permitir “excepciones” de ingreso a estas para el aprovechamiento de recursos naturales, en aras de la intangibilidad territorial y principio de no contacto que tienen. Además, se establece la creación de las zonas de amortiguamiento para las reservas indígenas, lo que resulta relevante para los pueblos indígenas, ya que constantemente se encuentran en tránsito.

- Ley N° 26221

Ley orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional, cuyo artículo 12 hace referencia al marco legal bajo el cual se regirán los contratos suscritos, estando los de licencia y de servicio bajo el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del artículo 1357 del Código Civil.

- Ley N° 28611

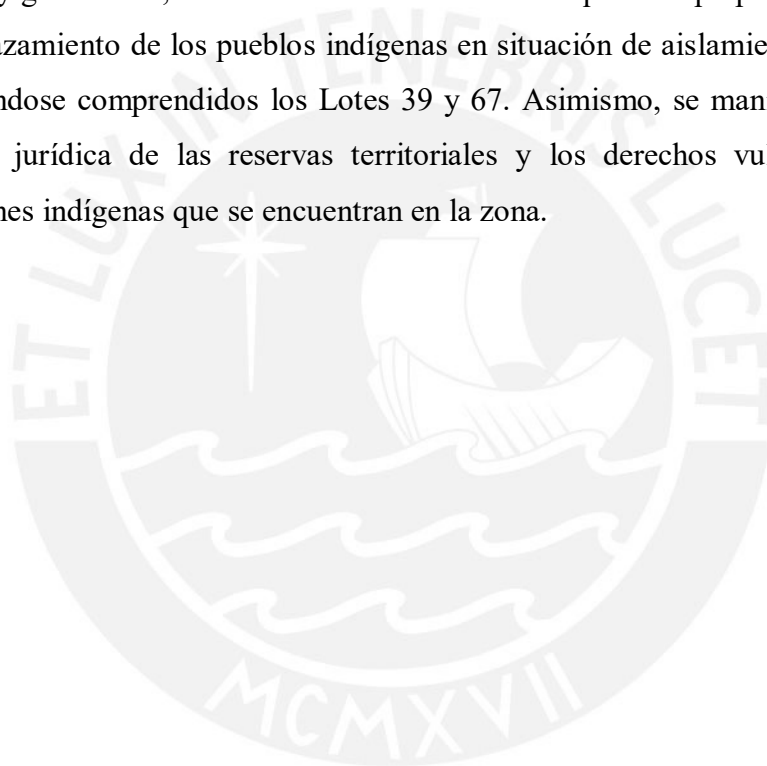
Ley General del Ambiente, cuyo artículo 72.2 establece que en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se orientan a establecer acuerdos con los representantes para resguardar sus derechos y costumbres tradicionales.

- Código Civil

Se examinará la aplicación del artículo 1357, que se refiere a que se establecerán garantías y seguridades otorgados por el Estado mediante contrato; es decir, al tener la figura de un contrato ley, se deberá desarrollar el marco de los convenios de estabilidad jurídica y su extensión al presente caso.

- Informe Defensorial N° 101

Documento que versa sobre las actividades que vulneran la integridad de las poblaciones indígenas en la zona, indicando que, dentro de las hidrocarburíferas de petróleo y gas natural, se encuentran las concesiones que se superponen a las áreas de desplazamiento de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, encontrándose comprendidos los Lotes 39 y 67. Asimismo, se manifiesta sobre la situación jurídica de las reservas territoriales y los derechos vulnerados a las poblaciones indígenas que se encuentran en la zona.



*¿Existe la vulneración del derecho al territorio de la población indígena en aislamiento voluntario de la propuesta de Reserva en relación a los contratos que concesionan los Lotes 39 y 67?*

## **I. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE DESPRENDEN DEL CASO**

### 1. Contexto

El Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A., Barret Resource Perú Corporation y Repsol YPF, suscriben los contratos de licencia de exploración y explotación de los lotes 39 y 67 celebrados mediante Decretos Supremos N° 038-1995 de fecha 10 de diciembre de 1995 y el N° 028-1999 de fecha 7 de julio de 1999 respectivamente.

El área otorgada al Lote 39 es de 420870.90 hectáreas y se halla entre las provincias de Loreto y Maynas, Región de Loreto; mientras que el área del Lote 67 es de 101931.686 hectáreas y se ubica en la provincia de Maynas, a diez kilómetros de la frontera con Ecuador, ambos ubicados dentro del territorio de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario del grupo étnico Waorani (Tagaeri – Taromenane), Pananjuri (Arabela) y aushiris (Abijiras)<sup>1</sup>.

La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana, AIDSESP, es la organización que traslada la voz de los pueblos indígenas de la Amazonía del Perú velando por el respeto y defensa de los derechos colectivos por medio de acciones para exponer sus problemáticas y presentar propuestas alternativas de desarrollo que sean afines a su cosmovisión y estilo de vida<sup>2</sup>; y, se ha caracterizado por promover la

---

<sup>1</sup> Poblaciones indígenas agrupadas de acuerdo a la Familia Lingüística a la que pertenecen. Asimismo, la extensión territorial de los Lotes 39 y 67 están comprendidas dentro de la Propuesta de Reserva Territorial Napo tigre, de acuerdo a lo esbozado, a su vez, en el Expediente 2007-00919-0-1903-JR-CI-2

<sup>2</sup> AIDSESP fue creado en 1980 por los líderes del Consejo Aguaruna Huambisa (CAH), Central de Comunidades Nativas de la Selva Peruana (COCONASEP) contando con una plataforma reivindicativa que se basaba en la recuperación y defensa territorial, identidad cultural, mejorar los servicios de salud, así como tratar de acercarse como institución al Estado logrando acciones con alto impacto, como la

protección de distintas comunidades indígenas, es así que solicitó la creación de la Reserva Territorial Napo Tigre ubicada en el departamento de Loreto, cuyo trámite inició el día 18 de febrero del año 2003 ante la Administración Técnica Forestal y de Fauna Silvestre de Loreto, toda vez que en el territorio comprendido se encuentra población indígena en situación de aislamiento voluntario conforme los testimonios recogidos de miembros de comunidades nativas aledañas, además de colonos y madereros que recorren la zona.

Identificaron en la presente demanda que los contratos de exploración y explotación otorgados en los Lotes 67 y 39 representan un peligro para las comunidades nativas comprendidas dentro del territorio, ya que este forma parte de la migración constante que realizan los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, colocando en riesgo su supervivencia.

## 2. Procedimiento judicial

La demanda es de fecha 10 de julio de 2007, en donde AIDSESEP, como entidad, interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A., Barrett Resource Perú Corporation y Repsol YPF, toda vez que los contratos de licencia de exploración y explotación de los Lotes 39 y 67 celebrados con las empresas mediante el Decreto Supremo N° 028-1999, de fecha 7 de julio de 1999 y el Decreto Supremo N° 038-1995 de fecha 10 de diciembre de 1995, los que están vulnerando los derechos a la vida, salud, bienestar, integridad cultural, identidad étnica, ambiente equilibrado, propiedad y posesión ancestral; y, el territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario waorani, pananjuri y aushiris o abijiras, los que están comprendidos en el ámbito geográfico de la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre”, por ello, se solicita al Ministerio de energía y minas que prohíba o suspenda las operaciones de exploración y extracción de hidrocarburos en los referidos territorios. Asimismo, que se ordene a PERUPETRO S.A., que efectúe la modificación de los contratos de licencia y se ordene a las empresas BARRET RESOURCE PERÚ CORPORATION Y REPSOL

---

implementación del Programa de formación de Maestros Bilingües de la Amazonía Peruana en 1988 a través de un Convenio junto con el Minedu.

YPF, que se abstengan de operar en dicho territorio y de establecer contacto con las poblaciones en aislamiento voluntario.

En ese sentido, las partes correspondientes presentaron las contestaciones a la demanda, presentando así, con fecha 3 de agosto del año 2007, la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Energía y Minas, refiriéndose, en primer lugar, a la economía social de mercado consignada en la Constitución Política del Perú, en base a la libertad contractual y la propiedad, las que no pueden verse afectadas con el pedido del demandante. Asimismo, que la promoción del desarrollo de actividades de hidrocarburos con inversión privada y libre competencia también se encuentra contemplado en la Ley Orgánica de Hidrocarburos N° 26221. Respecto a la afectación a los derechos aducidos, indican que no se presentó la documentación o prueba fehaciente que sustente que las actividades de hidrocarburos afectan los mismo.

En la referida fecha, PERUPETRO S.A. a su vez, presentó la contestación de la demanda indicando que la Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre es solo una solicitud y que no tendría comparación con la suscripción de los contratos de licencia de exploración y explotación de los Lotes 67 y 39. Sostiene que no se ha corroborado que el desarrollo de dichas actividades traiga consecuencias ambientales, pues estaban obligados a presentar el Estudio de Impacto Ambiental. De igual modo, indican que las paralizaciones de las operaciones en los lotes generarían una mala señal a la inversión privada, además de un perjuicio económico de aproximadamente 2900 millones y 2500 millones de dólares por ambos lotes al dejar de percibir el canon petrolero.

En la misma línea, la empresa Barret Resources Perú presentó su contestación de demanda en la fecha indicada, argumentando que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, y que es obligación del Estado garantizar la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que hayan sido reconocidos de acuerdo a la ley, que los contratos de licencia suscritos tienen la condición de ser contratos ley, por lo que se rigen en el marco privado ante la intangibilidad contractual establecida en el artículo 62 de la Constitución. Asimismo, plantean que

AIDSESEP no ha adjuntado los medios probatorios que indiquen la presencia de pueblos indígenas en aislamiento voluntario; y que, la Ley N° 28736 no plantea que la actividad de explotación de recursos naturales sea excluyente con la preservación de los derechos de las comunidades

Con fecha 18 de setiembre del año 2007, Repsol Exploración Perú, sucursal del Perú, contestó la demanda sosteniendo que no existe prueba real de la presencia de comunidades no contactadas y que no ocurre afectación de derechos constitucionales, pues no existe un reconocimiento oficial de los pueblos indígenas, además de que la propuesta aún se encuentra en etapa de estudio. Finalmente, sostiene que existen 11 comunidades que interactúan con la empresa y se benefician de la actividad exploratoria del Lote 39.

Con fecha 19 de noviembre de 2007, la empresa Burlington Resources Perú Limited, en calidad de Litis consorte necesario presenta su contestación de la demanda, toda vez que Barret Resources transfirió su posición contractual a Repsol y esta, a su vez, transfirió el 45% de los derechos del Lote 39 a Burlington, quien sostiene que el contrato de licencia tiene condición de contrato ley, por lo que debe respetarse.

a. Resolución de Primera Instancia: Primer Juzgado Civil de Maynas

Se declaró infundada la demanda pues no se aportaron los medios probatorios que indiquen la presencia del grupo o grupos humanos en aislamiento voluntario o contacto inicial; y que, los documentos presentados por AIDSESEP fueron solo documentos corrientes, no obstante, los Informes Defensoriales N° 101, 103 y 109 se expresa la existencia de los referidos grupos en los Lotes 39 y 67, no se desprende de estos que haya una amenaza cierta e inminente de vulneración de derechos fundamentales de los indígenas dentro de los referidos Lotes.

b. Resolución de Segunda Instancia: Sala Civil de Loreto



Declara infundada la demanda por considerar que los medios probatorios y del debate cursado por las partes, no se ha acreditado la existencia de pueblos en situación de aislamiento voluntario, pues las empresas establecieron en el Estudio de Impacto Ambiental referencias sobre las medidas a aplicar en caso se presente esa situación. Respecto al derecho de consulta contemplado en el Convenio 169 de la OIT, si bien no puede aplicarse en los casos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, el Estado debe garantizar que las empresas beneficiadas desarrollen sus actividades. Finalmente, sostiene que su decisión es afín a lo esbozado en el Informe Defensorial N° 101, pues no sugiere que se suspendan las actividades extractivas, sino que se deben establecer procedimientos rigurosos para impedir que las actividades extractivas dañen a los pueblos.

### **c. Resolución del Tribunal Constitucional: Improcedente**

#### Análisis del caso concreto elaborado por el Tribunal Constitucional

Se parte del análisis acerca de lo aducido por AIDSESEP, quien manifiesta que el proceso de negociación y la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental se desarrollaron sin participación de las comunidades nativas de la zona o sus representantes (la consulta previa), pues pese a que el Convenio 169 de la OIT ya se encontraba vigente al suscribirse los contratos, ya que este fue ratificado por el Perú el día 2 de febrero de 1994. Al respecto, Repsol manifestó la presencia “real y conocida” de 11 comunidades con las que la empresa ha mantenido contacto y las mismas se benefician de la explotación del Lote 39; sin embargo, no hay información que acredite de la participación de las comunidades en el mecanismo de consulta exigido por el Convenio 169.

Asimismo, el análisis del Tribunal Constitucional hace referencia a que la empresa Barrett Resources – Perú, ha brindado mayor detalle sobre la realización de talleres y mecanismos de participación de algunas de las comunidades en el proceso de exploración en sus distintas etapas. Así pues, indica que el Estado habría afectado el

derecho de participación de las comunidades respecto de los Lotes 39 y 67, lo que resultaría incompatible con la Constitución; no obstante, las empresas realizaron actos de buena fe.

Concluyen determinando que se debe aplicar el derecho de consulta bajo la supervisión de las entidades competentes, además de un plan de compromisos compartidos entre las empresas involucradas, las que no deberán paralizar sus acciones, debiendo quedar restablecidos los derechos de las comunidades y sus dirigentes. Por último, resulta impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas con el fin de implementar, en el marco de la legislación competente, que implementen los mecanismos adecuados y eficaces de consultas, lo que comprende la información y espacio [de diálogo] para que las comunidades expresen sus preocupaciones, motivos por los que se declara improcedente la demanda de amparo, ya que no se ha acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados conforme el Convenio 169 de la OIT.

*d. Voto singular: Magistrado Landa Arroyo*

El magistrado Landa parte del análisis de la fecha de la propuesta de creación de la Reserva Territorial Napo Tigre, la que comprende los lotes 39 y 67 ante la Administración Técnica Forestal y de Fauna silvestre de Loreto más el Plan Operativo para realizar la delimitación territorial de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario de las cuencas altas de los ríos Yavari, Tapiche, Napo, Curaray, Aranela y Tigre; además, menciona que en el año 2005 se reiteró el Estudio Técnico para la delimitación territorial a favor de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario ante la Dirección Regional de Agricultura de Loreto. Asimismo, menciona que el demandante indicó que las comunidades nativas en aislamiento dependen del territorio que habitan sobreviviendo por las actividades que realizan en este, como agricultura o pesca, por lo que consideran a las actividades extractivas o exploración como una intromisión no deseada en sus territorios, lo que significa una exposición al peligro de sus vidas, pues son personas vulnerables a

enfermedades, motivos por los cuales se solicitó al Ministerio de Energía y Minas que se prohíba u ordene la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en los lotes 39 y 67.

Frente a ello, el magistrado considera que se debe abordar el tema desde dos ámbitos, el primero sobre los derechos a la vida, salud, integridad, territorio e identidad de los pueblos waorani, pananajuri y aushiris, que se encuentran en situación de aislamiento voluntario y protegidos por Ley N° 28736; y, el segundo ámbito versa sobre la protección del medio ambiente, recursos naturales e intangibilidad del territorio que se ha previsto para las futuras reservas de dichas comunidades, el cual fue concesionados por el Estado violando el derecho a la consulta previa reconocido por el Perú al suscribir el Convenio 169 de la OIT. Así, indica que AIDSESEP está legitimado para interponer la acción de acuerdo a lo indicado en el artículo IV de la Ley 28611, Ley General del Ambiente, pues es una entidad que representa a un conjunto de comunidades indígenas de la selva amazónica que está constituida conforme las leyes vigentes.

Respecto a la existencia de vulneración a los derechos de los pueblos en aislamiento, no puede emitir pronunciamiento al considerar que el proceso de amparo no es la vía adecuada pues carece de estación probatoria para evaluar los documentos presentados tanto por AIDSESEP como por las partes demandadas; sin embargo, acota que parte de las regalías que las empresas entregan al Estado por concepto de explotación de los recursos que se extraen de la selva amazónica deben ser destinados a la investigación científica sobre las comunidades y sus formas de vida, promoviendo su estudio y difusión en los distintos niveles de formación de educación pública y privada a nivel nacional.

En cuanto al derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida sostiene que no importa quien presente una demanda ante la afectación de dicho derecho, pues si titularidad no es individual, sino concierne a todos. El Estado tiene como obligación la protección de los recursos, especialmente de los no renovables, utilizando mecanismos legales y administrativos efectivos mediante acciones de supervisión y control permanente y en forma concertada con las comunidades por parte de sus autoridades, en relación con las actividades extractivas

o de explotación realizadas por las empresas en cuestión, para poder hablar de un uso “sostenible” de los recursos naturales que no vulneren la vida, salud y cultura de las comunidades nativas y que, a su vez, permita el aprovechamiento racional de las riquezas de la selva peruana.

Los contratos celebrados con las empresas para operar en los lotes 39 y 67 vendrían siendo desarrollados de forma incompatible con la Constitución respecto al ejercicio del derecho de consulta, el cual no implementaron con el proceso establecido; no obstante, dichas empresas han actuado de buena fe basadas en la seguridad y confianza que podían transmitir las autoridades estatales por medio de los órganos competentes para ello, quienes se manifestaban para la aprobación del proyecto y participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión.

En cuanto al derecho de consulta, sostiene que este debe ser puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas bajo la supervisión de las autoridades competentes, con lo que el Tribunal dispone que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas en cuestión, a las que no se les paralizarán sus acciones y que se aperture el diálogo con las comunidades y sus dirigentes pues sus derechos deben ser restablecidos en el más corto plazo posible.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO**

### **2.1 Problema jurídico principal**

*¿Existe la vulneración del derecho al territorio de la población indígena en aislamiento voluntario de la Reserva en relación a los contratos que concesionan los Lotes 39 y 67?*

### **2.2 Problemas jurídicos secundarios**

En relación a la pregunta señalada, se plantean las siguientes preguntas secundarias:

- 2.2.1 ¿Se presenta una posible superposición de territorios de la propuesta de Reserva Territorial Napo tigre habitados por los pueblos indígenas en aislamiento voluntario ubicados en los Lotes 39 y 67?
- 2.2.2 ¿Cuáles son los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial que se vulneran con la superposición de territorios en los Lotes 39 y 67 de acuerdo a la Ley N° 28736?
- 2.2.3 ¿Cuáles son las consideraciones legales en el marco del derecho constitucional e internacional a tener en cuenta para la determinación de la suspensión o no de los contratos suscritos entre el Ministerio de Energía y las empresas en relación a los lotes 39 y 67 ubicados en el territorio de la propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre?

### III. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

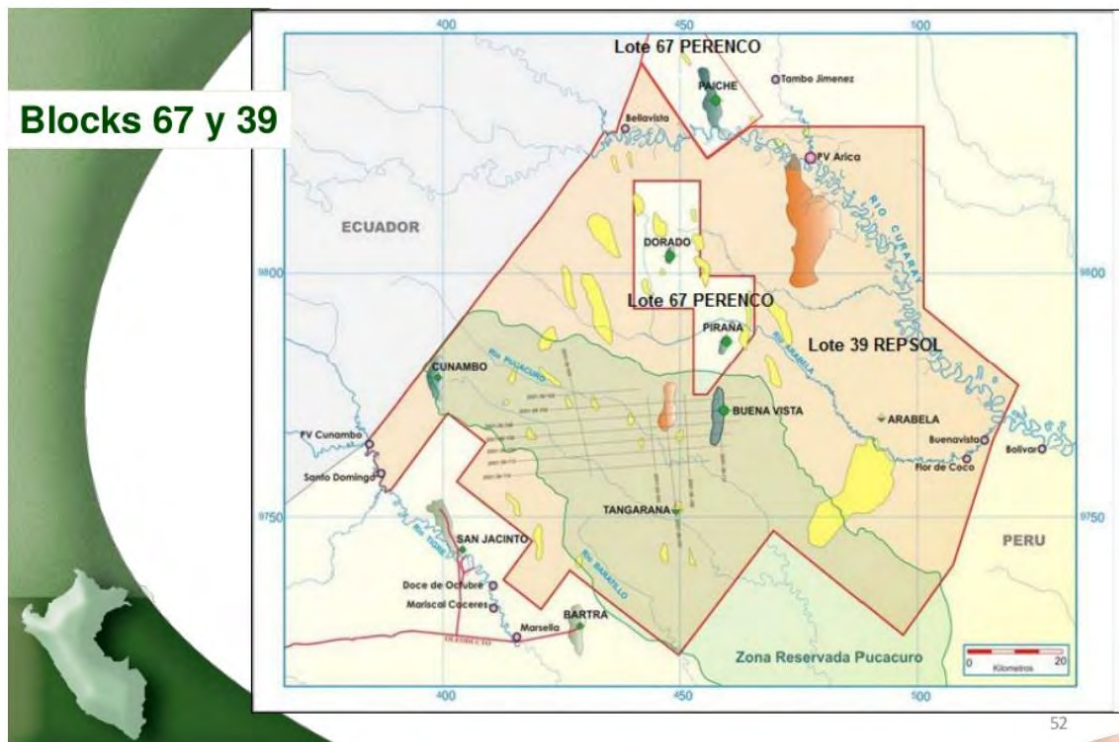
#### 3.1 El territorio que abarcan los lotes 39 y 67 y su superposición al área de la Propuesta de Reserva Territorial

Los contratos de licencia y exploración a favor de los lotes 39 y 67 los suscribieron el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A., Barret Resource Perú Corporation y Repsol YPF, los que son entendidos, según la Ley N° 26221, Ley de Hidrocarburos, como contrato de licencia, aquel celebrado por Perupetro S.A. con el contratista y por el cual este obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar hidrocarburos en el área del contrato; por lo que Perupetro transfiere el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos al contratista, quien deberá pagar una regalía al Estado por ello. Asimismo, el Reglamento de la mencionada ley, indica que las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos comprenden, las actividades propias de búsqueda y descubrimiento de hidrocarburos, incluyendo los trabajos de geología de campo, perforación de Pozos exploratorios y de desarrollo, así como las Actividades de Producción de Hidrocarburos, las que están contenidas en el Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos mediante Decreto Supremo N° 032-2004-EM, entendiéndose por Pozos exploratorios la perforación que tiene como fin descubrir reservas de hidrocarburos o para determinar la

estratigrafía de un área en exploración. Los pozos de desarrollo, son aquellos que se perforan para producir hidrocarburos en la etapa de Explotación.

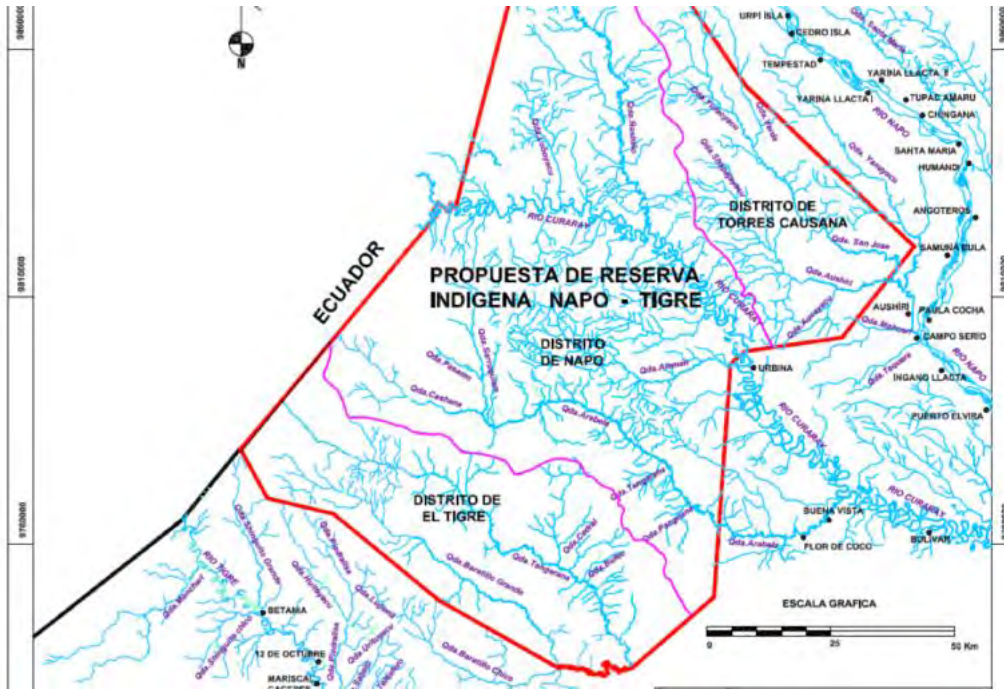
En ese sentido, las etapas de exploración y desarrollo con las que tienen un mayor impacto, pues estas consisten en la realización de estudios geológicos y geofísicos para llegar a la perforación para los pozos secos y lograr la extracción del mineral, ante lo que se requiere el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para determinar la posible afectación a la población aledaña, dicho instrumento de gestión ambiental es de carácter obligatorio para la viabilidad ambiental en la realización del proyecto de inversión. Asimismo, el EIA elaborado por la consultora GEMA para la exploración sísmica de los lotes 39 y 67 indicó la existencia de grupos indígenas no contactados, contándose con informes de moradores y profesionales que manifiestan la presencia de grupos indígenas no contactados en las cuencas de los ríos Curaray, Tigre y demás aledaños a la frontera con Ecuador.

Dicho ello, es preciso referirse al territorio que comprenden los lotes 39 y 67, correspondiendo al primer lote, la ubicación entre las provincias de Loreto y Maynas del departamento de Loreto con una extensión de 420 870.971 hectáreas; y, el segundo lote cuenta con un área ubicada entre la Selva Norte del Perú, cuya extensión es de 101 931686 hectáreas.



*Fuente: Alberto Ríos Villacorta (Ríos, 2018)*

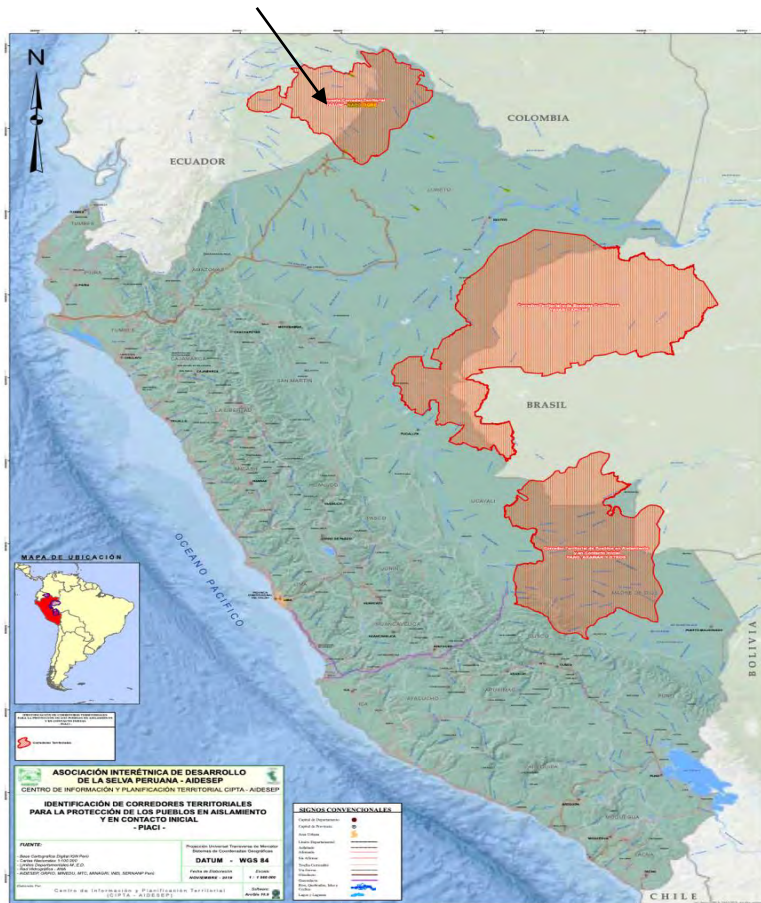
En esa misma línea, los lotes están dentro del territorio de la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre” en donde se encuentran las poblaciones de Waorani (Tagaeri-Taromenane), Pananjuri (Arabela) y Aushiris (Abijiras), propuesta que fue presentada el día 18 de febrero del año 2003 ante la Administración Técnica Forestal y de Fauna Silvestre de Loreto.



*Fuente: Eduardo Pichilingüe (Pichilingüe, 2019)*

Para mayor ilustración, se presenta el mapa del Perú en el que se aprecia el área que comprende la Reserva Territorial Napo tigre.





Esta superposición conlleva a la afectación de derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario -en adelante PIACI-, considerados por el Reglamento de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, como aquel pueblo indígena, o parte de él, que no desarrolla relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, ha optado por discontinuarlas, de forma que se incrementa su vulnerabilidad al no mantener contacto con otras poblaciones o personas, no solo por los ataques contra su integridad y su cultura, sino que además, no desarrollan inmunidad ante enfermedades comunes como gripe o enfermedades gastrointestinales, lo que podría conllevar a la extinción de los referidos PIACI, conforme lo esbozado en el Informe Defensorial N° 101.

### 3.2 Situación de los PIACI

La Ley N° 28736 define en su artículo 2 la condición de aislamiento como la “situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando este no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás miembros de la sociedad nacional, o que, habiéndolo hecho, ha optado por discontinuarlas”, mientras que, la situación de ‘contacto inicial’, se refiere a “la situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando este ha comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional”. Al respecto, el autor Klaus Rummenhoeller, indica que estas descripciones son muy ambiguas, toda vez que no se define con claridad a qué se refiere con, por ejemplo, ‘los demás miembros de la sociedad nacional’ o ‘sociedad nacional’, por lo que, se colige que los legisladores han tomado a los PIACI como parte de la sociedad nacional, (RUMMENHOELLER, 2007) se debe tener presente la alta vulnerabilidad en los aspectos inmunológicos, demográficos y territoriales, además del respeto a su autodeterminación.

### 3.2.1 Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y su marco legal nacional e internacional

#### Marco legal nacional

Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de acuerdo al Reglamento de la Ley N° 28736, ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, son aquellos pueblos indígenas, o parte de él, que no desarrolla relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, ha optado por discontinuarlas; mientras que, un pueblo indígena en situación de contacto inicial es descrito como un pueblo indígena, o parte de él, que en base a su decisión se encuentra dentro de un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.

Así, un grupo contemplado como pueblo indígena en aislamiento voluntario comprendido en el territorio de la Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre es el de los “Arabela” o “Pananajuri”, de acuerdo a Beatriz Huerta, pertenecen a la familia lingüística Záparo y se ubicarían entre los ríos y quebradas Alemán, Arabela,

Cashaná, Baratillo, Pucacuro y Tangarana, de los que, en la época del auge del caucho, pequeños grupos de las poblaciones Arabijiras y subgrupos Záparo de los ríos Curaray y el Alto Napo decidieron refugiarse en zonas más alejadas, siendo estos los pueblos indígenas en aislamiento voluntario; y el grupo que optó por el contacto constante con los hacendados, se acoplaron al conjunto Kichwa, los que representan a las poblaciones indígenas en contacto inicial.

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los PIACI versa acerca de sus derechos, como el de la vida, salud, territorio, con la incertidumbre de si podrán sobrevivir en condiciones en las que el Estado no les garantiza su protección, sino que, por el contrario, permite el contacto forzoso entre terceros y estos grupos, a los que muchas veces, los madereros o mineros ilegales acaban con sus vidas para evitar enfrentamientos y aprovechar los recursos del territorio sin impedimento alguno. En el marco de esta protección que se buscaba otorgarles, en el año 2006 se publicó la referida ley, otorgándoles a las reservas indígenas el carácter de intangibilidad, así como los derechos de estos miembros, asumiendo la obligación del respeto de su decisión por la forma y proceso de relación con el resto de la sociedad y el Estado, la protección de su cultura y modos tradicionales de vida, reconociendo la particular relación espiritual de estos pueblos con su hábitat, como elemento constitutivo de su identidad, reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas; la propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen se garantiza cuando adopten el sedentarismo como modo de vida, entre otros.

Respecto a las reservas, la ley las denomina como reservas indígenas, en las que se prohíbe la realización de cualquier actividad que sea distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas; y, lo que es resaltante, que no se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales y líneas después, se menciona que en caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley. Asimismo, el Reglamento de dicha ley, cuyo artículo 35, incide sobre el aprovechamiento de recursos por necesidad pública, cuando la exploración y explotación sea de necesidad pública según el Estado. Sin embargo, resulta contradictorio que la ley mencione en el artículo 6 que no se permitirá el ingreso de agentes externos a las Reservas Indígenas salvo sea con fines de preservar

la salud de los PIACI o en contacto inicial, no contemplando el supuesto de que sea para el aprovechamiento de recursos naturales.

Ahora bien, el presente caso es acerca de la Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre, la cual lleva 18 años de espera para ser revisada y aprobada por el legislativo, no obstante, cuando se cuente con esta, es menester señalar las modificaciones que se han realizado recientemente para denotar la protección que se les brindaría a los derechos de las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario. En el año 2020, debido al contexto mundial de la Covid-19, el legislativo evaluó la posibilidad de modificar la Ley N° 28736, respecto a la intangibilidad de las Reservas Indígenas, toda vez que los casos de muertes de esta población ante contagios producto del contacto forzado incrementaban, es así que se aprobó el dictamen del Proyecto de Ley 4044, mediante el cual se pretende mejorar su protección, garantizando la intangibilidad territorial y el principio de no contacto, con lo que, no habría alguna excepción de ingreso, ni en casos de aprovechamiento de recursos naturales. Asimismo, se incluyen las zonas de amortiguamiento para estas reservas, que es un espacio territorial colindante a las mismas, toda vez que los PIACI se caracterizan por estar en constante desplazamiento, y en el caso de la referida Propuesta de Reserva Territorial, abarca territorios del país de Ecuador.

Por otro lado, este dictamen incluye el fortalecimiento del Ministerio de Cultura como ente rector en los pueblos indígenas, para que emita una opinión técnica antes de otorgar concesiones u otros títulos habilitantes que se superpongan a las zonas de amortiguamiento, las áreas en trámites para ser reservas indígenas y las áreas naturales protegidas por las que transitan los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial, además de otras áreas. Dicha situación es favorable respecto la condición de Propuesta de Reserva Territorial, pues se añadirían más filtros previos a las concesiones y no ampararse solo en que sean actividades de necesidad pública, ya que ellas se desarrollan a costa de derechos humanos de la referida población.

En el año 2011, se publicó 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), Ley N° 29785, cuyo artículo 2 menciona que el derecho a la consulta corresponde a los pueblos indígenas u originarios a ser

consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, refiriéndose a los de su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, ello con el fin de que, a través de un diálogo intercultural, se garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y adoptar medidas que respeten sus derechos. Dicha consulta no se llevó a cabo en el proceso de otorgamiento de concesiones de exploración y explotación para los Lotes 39 y 67, con lo que la discusión enfocada en este punto, el Tribunal ordenó que esta se aplique progresivamente ante la supervisión de las entidades competentes, no obstante, al haberse producido la vulneración a sus derechos por medio de esta superposición de territorios de la propuesta de reserva y los lotes, se deben identificar las etapas del proceso de consulta a aplicarse, las que están establecidas en el artículo 8 de la Ley de consulta:

- a) *Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.*
- b) *Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.*
- c) *Publicidad de la medida legislativa o administrativa.*
- d) *Información sobre la medida legislativa o administrativa.*
- e) *Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.*
- f) *Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.*
- g) *Decisión.*

El proceso de aplicación de esta medida debió atravesar las etapas correspondientes; sin embargo, al otorgar las concesiones para la exploración y explotación de los lotes 39 y 67 se habría omitido ello, situación que resulta genuinamente perjudicial para la población de la Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre, puesto que se ignora su existencia en dicho territorio, por lo que las autoridades competentes tampoco participaron en este proceso de diálogo. El mandato del Tribunal indica que esta consulta sea aplicada de forma paulatina, con lo que se estaría prolongando las afectaciones a los derechos de los PIACI por tiempo indeterminado.

Asimismo, la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, se refiere al aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, contenido en el artículo 72, numeral 72.1, indica que los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de los pueblos indígenas (...) adoptan las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica ni a sus valores tradicionales; y, el numeral 72.2 indica que en caso se presenten proyectos o actividades que serán desarrollados dentro de sus territorios, los procedimientos de consulta deben ser orientados preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de estas, lo que no se produjo en el presente caso, impidiendo que se resguarden sus derechos y costumbres tradicionales, además de que se pudieran establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos o tierras que les corresponda, de acuerdo a lo contemplado en dicho numeral.

#### Marco legal internacional

Los derechos indígenas han ido adquiriendo una especial relevancia en el marco internacional, pues distintos países han suscrito Declaraciones o Convenios que involucra su participación y protección hacia esta población en específico. Tomando en cuenta que son integrantes de colectivos con una especial situación de vulnerabilidad, por lo que su protección se convierte en una exigencia ante los sectores sociales dominantes, además de que, por razones históricas y principios morales y humanos, se configura como un compromiso para los Estados y la comunidad internacional (Iglesias, 2004). Es así que, en el presente acápite se indicará el marco internacional que reviste los derechos de los pueblos indígenas.

El sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas ha sido el que desarrolló Grupos de Trabajo sobre los pueblos indígenas de las Naciones Unidas, cuyas funciones son ocupadas ahora por el Consejo de Derechos Humanos y prestan colaboración con el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, cuyo principal logro en materia de derechos indígenas fue la aprobación en

el año 2007 por la Asamblea General de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en la que se hace la relación de los derechos humanos con los pueblos indígenas, lo que coadyuva a la reducción de brechas en su exclusión histórica del sistema jurídico internacional (Humanos, 2013).

La “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas por la Asamblea General de las Naciones Unidas”, la que aprobó este documento el 13 de setiembre del año 2007, en el que se plasman normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos, orienta a los Estados y pueblos indígenas para elaborar políticas públicas y leyes que tienen incidencia en estos pueblos, atendiendo a sus reclamos. Los derechos a los que se refiere son los de libre determinación, refiriéndose a la vez a establecer libremente su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural, el ejercicio de este derecho complementa el de otros más como el de la autonomía de los pueblos en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, además de disponer medios para financiar sus funciones autónomas. Asimismo, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, incluyendo aquellos que han poseído tradicionalmente debido a la estrecha relación que mantienen con la tierra, que debe ser reconocida y comprendida como el pilar de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica, ya que, para los pueblos indígenas, constituyen elementos materiales y espirituales de los que deben gozar plenamente.

El tan importante “Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente N° 169”, que fue ratificado por el Perú tras la aprobación del Congreso Constituyente Democrático mediante la Resolución Legislativa No. 26253 de fecha 26 de noviembre de 1993 (Yrigoyen, El Convenio Num. 169 de la OIT y su aplicación en el Perú), que entró en vigor al año del registro de esta ratificación entrando en el ámbito internacional el día 2 de febrero de 1995. Conforme lo indica la Convención de Viena sobre el derecho de tratados en sus artículos 26 y 27, los Estados ratifican un tratado internacional y se obliga a cumplirlo de buena fe y sin excusas en su legislación interna (Yrigoyen, El convenio Num. 169 de la OIT y su aplicación en el Perú). En ese sentido, cuando el Perú ratifica el Convenio, de acuerdo al artículo 33, se obliga a ello y creando una normativa interna adecuada e implementación institucional mediante medidas correspondientes que vayan de la mano con los pueblos indígenas.

La cuarta disposición final y transitoria cuarta de la Constitución de 1993 indica que “las normas relativas a los derechos como identidad, diversidad cultural, tierras, autonomía organizativa, idiomas propios, representación política de comunidades y pueblos originarios, derecho consuetudinario y jurisdicción especial de comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas, entre otros” (Yrigoyen), que deben ser interpretados a la luz del Convenio 169 de la OIT, en ese caso, la Ley 28736 debe ser leída de conformidad con este Convenio y lo que se estipula respecto a los derechos referidos, considerando la especial condición del aislamiento voluntario y el contacto inicial.

En esa misma línea, se encuentra el “Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos”, que fue adoptado por la Asamblea General el día 16 de diciembre de 1966, instrumento en el cual se aplican disposiciones sobre el derecho a la libre determinación, derechos de las personas pertenecientes a minorías a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. El “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, incluye el derecho a la libre determinación que el comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aplicó análogamente para los pueblos indígenas, como lo referido al empleo, familia, salud, alimentación educación y, especialmente, la cultura y el comité pide que los Estados reconozcan los derechos de estos pueblos para con sus tierras de propiedad comunal. Asimismo, se resaltan los aspectos comunales de la vida cultural de los pueblos indígenas y su importancia respecto las tierras ancestrales y la naturaleza (Yrigoyen, Los pueblos indígenas y el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2013).

“La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial” y el Comité para la eliminación de la discriminación racial, respecto a los pueblos indígenas, el Comité exhorta a los Estados a que garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de iguales derechos en cuanto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopten decisiones que impliquen sus derechos e intereses sin su consentimiento informado. Así como reconocer y



proteger los derechos de poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales en casos en los que se les ha privado de sus tierras y territorios sin contar con el consentimiento libre e informado de dichos pueblos y cuando no sea posible devolvérselos, se sustituirá el derecho a la restitución por una justa y pronta indemnización que será en forma de tierras y territorios.

“La Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño”, es el único instrumento en el que se contempla a los niños indígenas, relacionados a sus libertades y educación para que asuma una vida responsable con espíritu amigable entre los pueblos. En sus recomendaciones sobre los niños indígenas alude al disfrute de su cultura y la relación que puede tener con modos de vida asociados al territorio y al uso de sus recursos, incluyendo a los niños para realizar las consultas con las comunidades indígenas.

“La Convención contra la tortura” y el Comité contra la Tortura, lo que se plasma en la Observación general N° 2 en el 2008, donde el Comité indica la obligación de los Estados para la adopción de medidas que impidan la tortura y malos tratos para proteger a personas y grupos vulnerables de la discriminación o marginación, contemplando la protección en este grupo a las poblaciones indígenas.

“La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, que fue adoptada en el año 1992, propone estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero para impedir interferencias peligrosas provocadas por el hombre en el cambio climático adoptando estrategias de medidas de mitigación y adaptación. Asimismo, el “Acuerdo de París” en el año 2016 como primer acuerdo en el que se reconocen explícitamente los derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas, se relaciona con la Convención referida, pues reconoce la preocupación del cambio climático, que debe guardar un estrecho respeto, promoción y considerar sus obligaciones en materia de derechos humanos, derecho a la salud y los derechos de los pueblos indígenas conforme se señala por la Oficina del Alto Comisionadas de las Naciones Unidas.

### 3.3 La seguridad jurídica de los contratos ley

Los contratos materia del presente caso son los de exploración y explotación, los cuales fueron suscritos por las partes con un marco jurídico nacional e internacional aplicable a los mismos en aras de otorgarle la seguridad jurídica necesaria. Así, se cuenta con el artículo III del título Preliminar del Código Civil de 1984, que señala que la ley se aplica a consecuencias de las relaciones jurídicas existentes; es decir, aquella ley que se dicte tras haber celebrado el contrato, se aplicará a las consecuencias de esta nueva relación, ello en el marco de las grandes inversiones, se traducirá en que el Estado no podría modificar el marco legal vigente al celebrarlo solo para obtener mayores ventajas en su relación con el inversionista.

Los contratos en cuestión se rigen por el derecho privado, por lo que no pueden ser modificados sin la existencia de la voluntad entre las partes y ante la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los contratos cuya materia son grandes inversiones privadas, se les otorga el carácter de contratos ley, para que se conceda a los co-contratantes una mayor predictibilidad y estabilidad en sus negocios, por lo que, de acuerdo a los autores José Daniel Amado y Luis Miranda Alzamora, *“el contrato ley cumple con el fin de dotar seguridad jurídica a los inversionistas i) mediante la estabilización del marco legal aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato; y, ii) mediante la modificación del marco legal aplicable a un contrato con el Estado del derecho administrativo al derecho civil”* (Miranda).

De acuerdo al artículo 1357 del código civil peruano, se establece que *“por ley sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”*, por lo que se le considera una expresión del contrato ley, en virtud del cual el Estado le otorga garantías y seguridad a la relación contractual que ha establecido con un privado, no pudiendo modificarse sus términos sin que concurra la voluntad común de las partes, con concordancia con lo señalado en la Constitución Política del Perú en su artículo 62, se tiene que a través de estos contratos ley, el Estado puede establecer las garantías y seguridades.

En esa misma línea, existentes convenios de estabilidad jurídica que han sido incorporados al ordenamiento peruano por el Decreto Legislativo 662, denominada la ley de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras, cuya aplicación recae en las inversiones nacionales por el Decreto Legislativo 757, ley marco para la inversión privada, reglamentada por el Decreto Supremo 162-92-EF, los que son parte de la categoría de contratos ley, por lo que se otorga un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas reconociéndoseles garantías que aseguren la vigencia de las leyes o reglas establecidas, ello se refuerza con el artículo 39 del DL 757, pues determina que los convenios de estabilidad jurídica tienen calidad de contratos con fuerza de ley, no pudiendo ser modificados pues son de carácter civil.

En específico, en las actividades de hidrocarburos que se rigen por la Ley 26221, se indica en su artículo 12 que los contratos que el Estado celebre para realizar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, se registrarán por el derecho privado, aplicándoseles los alcances del artículo 1357, entendiéndose así que estos contratos celebrados en el presente caso de investigación conforman el cuerpo normativo de los contratos ley.

#### **IV. PLANTEAMIENTO DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA: ¿Es posible la suspensión de los contratos ante la superposición de territorios?**

A lo largo del presente trabajo se ha sostenido la pregunta de si existe o no vulneración al derecho al territorio de las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario de la propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre, en relación a los contratos que concesionan los lotes 39 y 67, entendiéndose que, efectivamente, ocurre esta superposición de territorios entre ambos, lo que genera que el territorio de la propuesta de reserva se vea afectado por la operación de los contratos mencionados, los que, si bien cuentan con una específica seguridad jurídica, ello no significa que no sean ajenos de poder suspenderse, como pretendía indicar la defensa de las empresas.

##### **4.1 Experiencias identificadas en las actividades extractivas**

Es así pues, que se toma como referencia el caso de la sentencia del “Parque Ichigkat Muja-Cordillera del Cóndor” (Wiener, CooperAcción, 2019), en donde las organizaciones que representan a los pueblos Awajún y Wampis demandaban que estos territorios ancestrales sean declarados como “zonas reservadas” y así proteger su hábitat y evitar la presencia de externos como las empresas extractivas en aras de crear el Parque en mención, para el que se había acordado en el año 2004, otorgarle un área de 152 873.76 hectáreas; sin embargo, en el año 2007, el Instituto Nacional de Recursos Naturales, INRENA, incumplió el acuerdo reduciendo el área a 88477 hectáreas, contexto en el cual, el expresidente García establecía políticas bajo la lógica del “perro del hortelano”, refiriéndose a la relación de los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales. Se otorgaron concesiones mineras y permisos para realizar actividades de exploración y explotación, para lo cual, empresas y terceros ingresaban al territorio ocasionando conflictos con las comunidades de la zona, como el caso de la minera Afrodita.

Es menester recordar que proceso de consulta previa que se realizó para otorgarles el área indicada inicialmente era de cumplimiento obligatorio, pues forma parte del derecho a la consulta previa, incluso resaltado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 00022-009-PI, el cual fue vulnerado por el Estado a través del INRENA. No obstante ello, se declaró la nulidad de las 111 concesiones mineras expedidas sin realizar la consulta previa, y autorizaciones otorgadas, además de ordenar medidas que reivindiquen los derechos de los pueblos afectados, pues el juez declaró nulos los actos administrativos que aprobaron la certificación ambiental, refiriéndose a los EIA, estudio de impacto ambiental, al advertir que con la aprobación de ello, se brindaba la posibilidad de explotación, dando plazos para llevarlo a cabo en los propios actos administrativos (Ruiz Juan Carlos, 2019). Asimismo, se declararon nulos los actos no consultados, en aplicación del artículo 10.1 de la Ley General de Procedimientos Administrativos, toda vez que violan derechos fundamentales<sup>3</sup>.

En esa misma línea, el juez interpretó el artículo 15.2 del Convenio de la OIT, indicando que debe realizarse la consulta previa “antes de emprender o autorizar

---

<sup>3</sup> Ídem. Los autores ponen que esa declaración de nulidad pudo declararse, a su vez, en aplicación del artículo 55.2 del Código Procesal Constitucional indica que deberá declararse nulidad de los actos administrativos que violan derechos fundamentales, en concordancia con el último párrafo del artículo 31 de la Constitución.

cualquier programa de prospección”, entendiéndose por ello, que se deberá aplicar dicho proceso incluso antes de otorgar la concesión, además de que el EIA debió ser consultado, pues este se realizó antes de otorgar la concesión. Por último, el caso en mención es relevante ante el pronunciamiento del juez respecto a la cancelación de las concesiones cuando se superponen a derechos prioritarios, lo que debe aplicarse conforme el artículo 64 del D.S N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, afirmando que debe entenderse como derechos prioritarios de los pueblos indígenas el derecho a la vida, subsistencia, territorio y medio ambiente, no superponiendo estos ante los derechos concesionarios.

En cuanto a actividades del sector hidrocarburífero, en el año 2014 se tiene el caso del Lote 116, en el que se interpuso demanda de amparo por Zebelio Kayap, de la Organización de Desarrollo de las Comunidades Fronterizas del Cenepa, representando a los pueblos indígenas Awajún y Wampis del distrito El Cenepa, contra el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro y las empresas Maruel et Prom y Pacific Stratus Energy. En el año 2006, el Gobierno expidió el decreto supremo N° 066-2006-EM, autorizando a Perupetro la suscripción del contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, y la resolución directoral N° 283-2011-MEM/AAE, la que aprueba el EIA y permite a la empresa Maruel et Prom que realice actividades de exploración en el lote, dicha actividades afectaría a las provincias del Datem del Marañón en Loreto, Bagua y Condorcanqui, en Amazonas, donde 73 comunidades nativas Awajún y Wampis se verían perturbados.

Dicha demanda versa por la no aplicación de la consulta previa, además de vulnerar los derechos al territorio, salud, identidad cultural y el medio ambiente ante el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, la que declara fundada la demanda, al igual que la Segunda Sala Civil, en segunda instancia, reconociéndose la violación de los derechos de los pueblos indígenas, ordenándose la suspensión de la vigencia del Decreto supremo N° 066-2006 y la Resolución Directoral N° 283-2011, y la suspensión de las actividades de exploración en el lote 116 hasta que se realice un proceso de consulta y realizar un nuevo estudio de impacto ambiental, el que deberá obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados (IDL, s/a).

Así pues, la relevancia de dicha sentencia radica en que se confirma que es posible la suspensión de los actos administrativos mediante los cuales se aprobaron los contratos para la realización de actividades, significando un impacto para las empresas y el

Ministerio de Energía y Minas, pues el Poder Judicial ordena que se suspendan las actividades del Lote 116, caso contrario, conllevaría la responsabilidad en los funcionarios competentes y la imposición de medidas coercitivas hacia estos. Se resalta el derecho a la consulta previa como un marco que protege los derechos a la vida, territorio y demás, reconociéndoseles a las poblaciones como víctimas de las violaciones a los derechos fundamentales; la sentencia reconoce que el EIA deberá ser consultados cuando les pueda afectar.

Las situaciones descritas permiten dilucidar que estamos frente a conflicto de intereses por parte del Estado, lo que, de acuerdo a Ferrajoli, se trataría de una concentración de poderes generadas por los conflictos de intereses, por lo que indica separaciones que habría que instaurar en garantía del desinterés personal y de la independencia ante condicionamientos impropios de los poderes públicos, es decir, entre la esfera pública y privada. La primera es una esencial separación entre poderes políticos y económicos, para lo que se requiere un estricto sistema de incompatibilidades que sea capaz de impedir y sancionar, con dichas concentraciones de poderes, los conflictos de intereses y la prevalencia de los intereses privados de quien ostenta el poder público (Ferrajoli, 2011). Es por ello que, cuando ocurre la separación de poderes políticos y económicos se puede arribar a soluciones como las plasmadas en los dos casos paradigma mencionados en líneas anteriores, lo que se condice con lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Sarayaku vs. Ecuador<sup>4</sup> y Saramaka vs. Surinam<sup>5</sup> al establecer como acciones a

---

<sup>4</sup> Se tiene lo indicado por la CIDH respecto al proceso de consulta: Las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Si bien no hay un único modelo de procedimiento apropiado, éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como contextualmente la naturaleza de las medidas consultadas.

<sup>5</sup> Asimismo, la corte IDH en el caso Saramaka vs. Surinam establece como una de sus reparaciones de la vulneración del derecho al territorio del pueblos Saramaka que, hasta que no se lleve a cabo la delimitación, demarcación u otorgamiento del título colectivo de su territorio, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el

tomar por parte del Estado, una prevalencia de los derechos de los pueblos indígenas de las comunidades que versan en las demandas interpuestas, entre las que indican una forma adecuada de instaurar el proceso de consulta; y, que el Estado tome en cuenta lo indicado en su sentencia para reparar a la comunidades a partir de hacerse cargo del monto económico que recibiría por parte de la empresa y evaluación de suspensión de las concesiones otorgadas a empresas.



---

fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A lo largo del presente trabajo se ha discutido la relevancia de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, además de denotarse la afectación al derecho al territorio de los PIACI a través de la Propuesta de Reserva Territorial Napo tigre, ello ocurre con la superposición de territorios en la que se encuentran los lotes 39 y 67, que cuentan con las licencias para explorar y explotar, respectivamente, actividades económicas que resultan ampliamente beneficiosas para el país, empero, estas se realizan a costa de los derechos de los pueblos indígenas en el país, siendo el derecho a la consulta previa, una forma de coadyuvar a la protección de sus derechos ante posibles afectaciones a partir de alguna medida legislativa o administrativa que afecten sus derechos colectivos.

A partir de lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los emblemáticos casos Sarayaku vs. Ecuador y el de Saramaka vs. Surinam y de todo lo expuesto, se tiene en el presente informe que, se deberían suspender las actividades de exploración y explotación comprendidas en los contratos de licencia suscritos entre el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro, Barrett Resources Perú Corporation y Repsol YPF en aras de aplicar una consulta con los procedimientos culturalmente adecuados de conformidad con sus tradiciones contando con los representantes de las poblaciones indígenas en contacto inicial; y, con la presencia de las asociaciones que velan por sus derechos como es el caso de AIDSESEP para el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario; y, resultaría una reparación por parte del Estado el asumir la deuda económica con las empresas toda vez que a través de esta forma, podrán lograr la efectiva protección de los derechos de los PIACI, propuesta que debería ser evaluada por el Estado a la luz del presente informe jurídico para la creación de la Reserva Territorial Napo Tigre y lograr la efectiva protección de una población históricamente relegada, pero que merece toda la atención para garantizar sus derechos.

Asimismo, el presente informe jurídico busca ser un incentivo para que el Estado Peruano y las asociaciones que trasladan la voz de los pueblos indígenas puedan tener en cuenta lo resuelto por las instancias jurídicas correspondientes, de forma tal que sea un caso para revisión y futura reparación de sus derechos vulnerados. Por último,



se recomienda la revisión y creación de la Reserva Territorial Napo Tigre teniendo en cuenta las recientes modificaciones a la Ley N° 28736, la que es aplicable en la creación de estos espacios dirigidos para la protección de los PIACI, para lo cual, deberá ocurrir un estricto respeto a estos territorios por parte de las autoridades antes de autorizar el ingreso de terceros a las zonas toda vez que no se contemplan excepciones, en aras del resguardo de los derechos de la referida población, así como la delimitación y establecimiento de las zonas de amortiguamiento de las respectivas Reservas Territoriales; así como el cumplimiento de aplicar el derecho de Consulta Previa a cabalidad por parte del Estado, puesto que ello está contemplado en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo, instrumento internacional de especial relevancia para garantizar los derechos de los pueblos indígenas.



## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 8.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- IDL (s.f.). Lote 116: sentencia histórica para los pueblos indígenas peruanos. *Instituto Legal de Defensa*.
- Iglesias, M. T. (2004). Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional. *Agenda Internacional*, 140-172.
- Humanos, N. U. (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. New York y Ginebra: Naciones Unidas .
- Miranda, A. y. (s.f.). La seguridad jurídica en las contrataciones con el Estado: El contrato ley. *Themis*.
- Pichilingüe, E. (6 de noviembre de 2019). MONGABAY. Obtenido de Indígenas en aislamiento: primero informe regional ofrece un panorama en siete países de Sudamérica: <https://es.mongabay.com/2019/11/piaci-indigenas-en-aislamiento-informe-regional-sudamerica/>
- Ríos, A. (16 de agosto de 2018). *Modelo Energético Sostenible* . Obtenido de Conflictividad social y producción nacional de crudo: <https://albertorios.eu/?p=2724>
- Ruiz Juan Carlos, M. R. (2019). Poder judicial: concesiones mineras y EIA por falta de consulta previa en la Cordillera del Cóndor. *IDL*.
- RUMMENHOELLER, K. (2007). Pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial: algunas reflexiones conceptuales. *IWGIA*, 61.
- Wiener, L. (21 de mayo de 2019). *CooperAcción*. Obtenido de CooperAcción: <https://cooperaccion.org.pe/la-consulta-previa-en-debate-sentencia-del-parque-ichigkat-muja/>
- Wiener, L. (21 de mayo de 2019). *CooperAcción*. Obtenido de CooperAcción: <https://cooperaccion.org.pe/la-consulta-previa-en-debate-sentencia-del-parque-ichigkat-muja/>
- Ríos, A. (16 de agosto de 2018). *Modelo Energético Sostenible* . Obtenido de Conflictividad social y producción nacional de crudo: <https://albertorios.eu/?p=2724>
- Pichilingüe, E. (6 de noviembre de 2019). MONGABAY. Obtenido de Indígenas en aislamiento: primero informe regional ofrece un panorama en siete países de Sudamérica: <https://es.mongabay.com/2019/11/piaci-indigenas-en-aislamiento-informe-regional-sudamerica/>
- Iglesias, M. T. (2004). Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional. *Agenda Internacional*, 140-172.

- Humanos, N. U. (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. New York y Ginebra: Naciones Unidas .
- Raquel, Y. F. (s.f.). *Instituto Internacional de Derecho y Sociedad*, 5.
- Yrigoyen, R. (2013). *Los pueblos indígenas y el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. New York y Ginebra.
- Yrigoyen, R. (s.f.). El convenio Num. 169 de la OIT y su aplicación en el Perú. *Instituto Internacional de Derecho y Sociedad*, 1-12.
- Yrigoyen, R. (s.f.). El Convenio Num. 169 de la OIT y su aplicación en el Perú. *Instituto Internacional de Derecho y Sociedad*, 1-12.
- Miranda, A. y. (s.f.). La seguridad jurídica en las contrataciones con el Estado: El contrato ley. *Themis*.
- Ruiz Juan Carlos, M. R. (2019). Poder judicial: concesiones mineras y EIA por falta de consulta previa en la Cordillera del Cóndor. *IDL*.
- IDL. (s.f.). Lote 116: sentencia histórica para los pueblos indígenas peruanos. *Instituto Legal de Defensa*.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### **b.2. Contestación por parte de Perupetro Sociedad Anónima**

Con fecha 3 de agosto de 2007 PERUPETRO S.A. se apersona al proceso señalando que la "Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre" es solo una solicitud, mientras que los Contratos de Licencia de Exploración y Explotación de los Lotes 67 y 39 fueron suscritos mediante Decreto Supremo N.º 38-95-EM, del 10 de diciembre de 1995, y el Decreto Supremo N.º 28-99-EM del 8 de julio de 1999, los que en virtud de la Constitución y la ley son inmodificables, salvo acuerdo escrito entre las partes.

Respecto a la consulta participativa de las comunidades indígenas o las instituciones representativas de éstas sobre las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, el demandado señala que el Estado Peruano desde 1993 hasta la actualidad ha sometido a consulta de las poblaciones involucradas cada actividad que se ha realizado en un área determinada y que no se ha corroborado que el desarrollo de la actividad de hidrocarburos traiga como consecuencia efectos ambientales negativos, pues el artículo 48º del Reglamento para las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos establece como obligación a cargo del contratista y, previo al inicio de cualquier actividad de hidrocarburos, la presentación ante la autoridad competente de un Estudio de Impacto Ambiental realizado por una empresa registrada y calificada por la Dirección General de Asuntos Ambientales, lo que garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de no causar daños.

Finalmente, sostiene que paralizar las operaciones hidrocarburíficas de los Lotes 67 y 39 causaría un grave perjuicio para el Estado, no sólo por los ingresos que dejaría de percibir por concepto de canon petrolero, aproximadamente \$ 2,900 millones de dólares respecto al lote 67 y \$ 2,500 millones de dólares respecto del lote 39, sino que además sería una muy mala señal a la inversión privada en este tipo de proyectos que comprometen importantes recursos con los que el Estado no cuenta.

### **b.3. Contestación por parte de la empresa Barret Resources Perú**

Con fecha 3 de agosto del 2007, Barret Resources contesta la demanda argumentando que los recursos naturales de los que goza el Estado son patrimonio de la Nación, "consecuentemente podemos concluir que es el Estado el que decide sobre la concesión u otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales, ya que la Constitución Política del Perú concede al Estado la soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales (...) imponiendo la fijación por Ley Orgánica de las condiciones para su utilización y su otorgamiento a particulares (...) así como la obligación para el Estado de dictar medidas para garantizar la debida protección de los Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento que hayan sido reconocidos de acuerdo a ley". Afirma que la propia ley establece que los contratos de licencia tienen la condición de contratos ley y se rigen por el derecho privado, conforme al artículo 62º de la Constitución, que consagra el principio de "intangibilidad contractual". Y que es por ello que la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 757, en su artículo 54º dispone que el establecimiento de áreas naturales protegidas no tiene efectos retroactivos ni



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

afecta los derechos adquiridos con anterioridad a la creación de éstas. Señala además que en el presente caso no se ha cumplido con el procedimiento para el reconocimiento de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, ni para constituir una reserva indígena, por lo que AIDSESEP basa su demanda en una propuesta de reserva territorial que aún no ha sido reconocida mediante decreto supremo, esto es, se trata de una reserva inexistente.

Afirma asimismo que la pretensión expuesta en la demanda requiere de estación probatoria, de la que carece el proceso de amparo, por lo que, si bien AIDSESEP interpuso una demanda de amparo para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, no ha acompañado pruebas que acrediten de modo fehaciente la existencia de poblaciones en el área del contrato, de modo que, ante tal circunstancia, debería declararse improcedente la demanda.

Finalmente manifiesta que la Ley N.º 28736 establece que con las reservas indígenas no se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas y siempre que lo permita el estudio de impacto ambiental. En consecuencia bajo determinadas condiciones aplicadas de manera cuidadosa pueden coexistir ambas actividades, por lo que no puede sostenerse que la actividad de explotación de los recursos naturales sea excluyente con la preservación de los derechos de las comunidades.

### **b.4. Contestación de la demanda por parte de Repsol Exploración Perú**

Con fecha 18 de septiembre del 2007 se apersona al proceso REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, Sucursal del Perú, y contesta la demanda aduciendo que no existe ninguna prueba real sobre la existencia de las comunidades no contactadas a las que hace referencia la demanda, ni menos sobre su ubicación en el Lote 39, y tampoco sobre que la futura explotación del lote 39 afecte derechos constitucionales, dado que no existe un reconocimiento oficial de los pueblos indígenas y, además, la propuesta de reserva territorial aún se encuentra en estudio. Solicita que la demanda sea declarada improcedente, toda vez que las pretensiones propuestas suponen necesariamente una actividad probatoria que no es posible en la vía del proceso de amparo, toda vez que no existe prueba de que las comunidades no contactadas existan y tampoco de que las actividades que realiza la empresa impacten negativamente en dichas poblaciones de cuya existencia no se puede dar fe.

Finalmente el recurrente señala que frente a la especulación de comunidades no acreditadas está la presencia real y reconocida de 11 comunidades: Buena Vista, Flor de Coco, Shapajal, Bolívar, Soledad, Tipishca, Nueva Yarina, Santa María, Mucha Vista, Nueva Libertad y San Rafael, las que interactúan con la empresa y se benefician de la actividad exploratoria del Lote 39.

### **b.5. Contestación de la demanda por parte de la empresa Burlington Resources Perú Limited**



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con fecha 19 de noviembre de 2007 BURLINGTON RESOURCES PERÚ LIMITED, en calidad de litis consorte necesario se apersona al proceso (debido a que BARRET RESOURCES CORPORATION transfirió su posición contractual a REPSOL y esta a su vez transfirió el 45% de los derechos sobre el Lote 39 a BURLINGTON RESOURCES PERÚ LIMITED mediante Decreto Supremo N° 018-2005-EM publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de junio de 2005) planteando la improcedencia liminar de la demanda, pues refiere que el recurso fue interpuesto en vía paralela el 19 de junio de 2007 ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, y que contiene el mismo petitorio que el formulado en la presente demanda; agregando que además existe una indebida acumulación y por último que existe una vía idónea para tramitar el reclamo.

Sostiene asimismo que el Contrato de Licencia está amparado por el artículo 62 de la Constitución, conforme al cual los contratos deben cumplirse conforme a lo acordado, y que el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos no solo generó derechos para la referida empresa, sino también obligaciones que interesan a toda la sociedad, es decir, que tras la suscripción de un contrato de licencia se encuentra el interés público de explotar los recursos naturales que pertenecen a la Nación.

### **c. Resolución de Primera Instancia**

El Primer Juzgado Civil de Maynas, con fecha 1 de julio del 2008, declaró infundada la demanda por considerar que si bien la Ley N.º 28736 y su reglamento desarrollan los mecanismos de protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento, también se establece que deben aportarse los medios probatorios de la existencia del grupo o grupos humanos indígenas en aislamiento o en contacto inicial, su identificación, así como la indicación de la magnitud de su población en las tierras en las que habitan. El órgano judicial considera que AIDSESEP ha presentado diversos documentos corrientes, ninguno de los cuales es idóneo para demostrar la existencia de los pueblos no contactados. Y que si bien la recurrente ha presentado los Informes Defensoriales N.ºs 101, 103 y 109, expedidos por la Defensoría del Pueblo, los cuales tienen carácter y valor oficial y en las que se señala que las áreas habitadas por los pueblos indígenas, entre ellas los Lotes 39 y 67, han sido otorgadas en concesión por parte del Estado Peruano, no obstante del mismo informe no se desprende inequívocamente la existencia de una amenaza cierta e inminente de agresión de derechos fundamentales de indígenas dentro de los Lotes 39 y 67, ni se imputa a las empresas concesionarias la calidad de agresores.

Con estas consideraciones, el órgano judicial concluyó que no se encuentra suficientemente acreditada la amenaza cierta e inminente expuesta en la demanda, por lo que si bien el Estado y las empresas concesionarias están en la obligación de tomar las medidas preventivas para evitar cualquier tipo de afectación, las actuales circunstancias no pueden conducir a prohibir o suspender las operaciones de hidrocarburos en los Lotes 39 y 67, por lo que se declara infundada la demanda.

### **d. Resolución de Segunda Instancia**



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sala Superior competente confirma la apelada declarándola también infundada, por considerar que de los medios probatorios ofrecidos por la actora, así como del amplio debate sostenido por las partes, no se ha acreditado de manera suficiente la existencia de pueblos en situación de aislamiento en la zona en que están ubicados los Lotes 39 y 67. Con relación al hecho de que las empresas involucradas hayan establecido en el Estudio de Impacto Ambiental referencias sobre las medidas que se deben ejecutar en caso de presentarse el contacto con indígenas en situación de aislamiento, no significa que esté acreditada la existencia de nativos, pues por el contrario, se trata del cumplimiento de la normativa vigente sobre la materia y de los protocolos de contingencia antropológica exigible en todo proyecto de exploración en las zonas de la selva.

Con relación al derecho de consulta a que alude el Convenio 169 de la OIT, la instancia judicial señala que debido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, resulta evidente que "no es posible hacer la consulta que establece la norma acotada", pero sí resulta de plena aplicación que el Estado garantice las actividades que desarrollen las empresas beneficiadas.

Señala finalmente la Sala Civil de Loreto que tal decisión es concordante con el criterio desarrollado por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N.º 101, que no sugiere que se suspendan las actividades vinculadas al aprovechamiento de los recursos naturales, sino que se establezcan procedimientos rigurosos a fin de impedir que las actividades extractivas dañen a los pueblos indígenas, especialmente a los que se encuentran en situación de aislamiento y contacto inicial; es decir, el desarrollo de actividades hidrocarburíferas en los Lotes 39 y 67 no viola *per se* los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral de las comunidades indígenas.

### III. FUNDAMENTOS

#### § 1. Delimitación del petitorio

1. Conforme se desprende de la demanda, ésta tiene por objeto que se declare la suspensión y/o anulación de todos los actos de exploración y/o explotación, dependiendo de la etapa en que se encuentren, en los Lotes 67 y 39 ubicados en el Departamento de Loreto. Sostiene la recurrente que las actividades que vienen realizando las empresas emplazadas, luego de haber sido otorgadas a su favor las concesiones de exploración y/o explotación correspondientes, atentan contra los derechos a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras; todos ellos incluidos en el ámbito geográfico de la "Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre" y que se superpone con las áreas otorgadas en concesión por el Estado. Por tanto, solicita que el Ministerio de Energía y Minas prohíba u ordene la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en dichos territorios; asimismo, que ordene a PERUPETRO S.A. que efectúe la modificación de los contratos de licencia respectivos y finalmente que se ordene a las empresas BARRETT



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF abstenerse de operar en estas zonas aludidas, así como de hacer contacto con estos pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

2. Planteada en tales términos la pretensión, este Colegiado considera que ésta abarca dos ámbitos claramente delimitables. El primero versa sobre los derechos a la vida, a la salud, a la integridad, al territorio e identidad de los pueblos waorani (tagaeri-taromenane), pananjuri (arabela) y aushiris o abijiras, comunidades que a decir de AIDSESEP, se encuentran en condición de aislamiento voluntario y tienen protección en el marco de la Ley N.º 28736 (Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial); comunidades que además se encontrarían ubicadas en el ámbito geográfico de la "Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre" y que se sobreponen a las zonas materia de las operaciones de exploración y/o explotación a través de los contratos de concesión de los Lotes 39 y 67.

El segundo trata sobre la protección del medio ambiente, los recursos naturales y sobre la intangibilidad del territorio que se ha previsto para futuras reservas de las referidas comunidades nativas en el marco de la ya aludida Ley N.º 28736; este territorio comprende zonas que habrían sido concesionadas por el Estado peruano violando el derecho a la consulta reconocido por el Estado peruano en el Convenio 169 de la OIT y además se estaría poniendo en riesgo el medio ambiente y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para la salud y el desarrollo de la vida que reconoce el inciso 22 del artículo 2º de la Constitución.

### § 2. Sobre la legitimidad de AIDSESEP con relación a las pretensiones planteadas

3. Conviene precisar si la recurrente puede solicitar tutela respecto de los derechos de comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario, así como respecto de la tutela del medio ambiente y los demás bienes colectivos a que hace referencia la demanda. La respuesta a esta cuestión puntual se encuentra recogida en el artículo 40º del Código Procesal Constitucional, conforme al cual, "...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".

De manera más específica aún, la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, establece un grado mayor de cobertura en el acceso a la tutela ambiental al precisar en su artículo IV que "Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se pueden interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”.

4. Con relación a los derechos de las comunidades en aislamiento voluntario, el artículo 8° de la Ley N.º 28736 establece que: “Los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial se benefician de todos los derechos que la Constitución y la ley establecen a favor de las Comunidades Nativas”. Ello, desde luego, comprende la adecuada protección jurisdiccional de sus derechos, de modo que para efectos de su efectiva defensa, puede presentar acciones de garantía cualquier persona, natural o jurídica, por lo que no cabe cuestionar la legitimidad procesal en este tipo de demandas, al margen de la vía procesal. En tal sentido, debe concluirse en este punto que frente a reclamos actuales o futuros, cualquier persona natural o jurídica puede presentar un pedido o demanda ante las autoridades con relación a los derechos de las comunidades en aislamiento o poblaciones en situación de vulnerabilidad como es el caso de las comunidades nativas a que se refiere la Ley N.º 28736.

### § 3. Sobre la supuesta amenaza a los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario y la prueba de la existencia de los mismos

5. La cuestión central que se expone en la demanda se refiere a la presunta amenaza de violación a los derechos de las comunidades que se encuentran en aislamiento voluntario y cuyos territorios forman parte de las áreas cedidas por el Estado a las empresas aludidas en los antecedentes para los proyectos de exploración y posterior explotación de hidrocarburos en los Lotes 39 y 67, en la parte norte del Departamento de Loreto. La entidad recurrente expone que “el área del lote 39 es de 420,870.90 Has. ubicado entre las provincias de Loreto y Maynas del dpto. de Loreto; y el lote 67 tiene una extensión de 101,931686 Has. en la provincia de Maynas y a 10 kilómetros de la frontera con el Ecuador. Ambos lotes se encuentran dentro del territorio de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario del grupo étnico Waorani (Tagaeri-Taromenane), Pananujuri (Arabela) y Aushiris (Abijiras) comprendidos en la propuesta de reserva territorial Napo Tigre” (fojas 10 de la demanda).

Añade la recurrente que “podemos asegurar que están seriamente amenazados los derechos constitucionales de la vida, salud, integridad cultural y el derecho al territorio de los pueblos indígenas”, y que en base a “la experiencia ocurrida con la etnia Yora o Nagua a raíz de contactos forzados (Proyecto Camisea); (...) si se materializa la afectación de los mencionados derechos constitucionales aparecerán una serie de problemas sociales, económicos y culturales que probablemente los lleve al borde de la extinción física y cultural (...)”.

6. A efectos de acreditar la amenaza cierta e inminente a los derechos a los que se alude en la demanda, los recurrentes han presentado una serie de estudios, documentos y testimonios, así como el Informe N.º 101 de la Defensoría del Pueblo, conforme al cual existiría superposición entre los Lotes 67 y 39 entregados en concesión por el Estado y los territorios de “desplazamiento” de los Arabela y Auca (Waroni) en situación de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

aislamiento voluntario. Sin embargo, de otro lado, las empresas emplazadas, así como el propio procurador del Ministerio de Energía y Minas, han puesto en duda los documentos que sustentan la posición de la demandante. En tal sentido y contra lo postulado por la recurrente, han presentado una lista extensa de estudios y documentos que demostrarían la no presencia de las comunidades o pueblos no contactados o en aislamiento voluntario en las zonas materia de los proyectos de exploración y/o explotación a que se refiere la demanda.

7. En tal sentido, al tratarse de documentos, dictámenes y/o investigaciones que plantean conclusiones contradictorias, cuya actuación probatoria y/o peritaje, si fuera posible llevar adelante, prolongarían la decisión y desnaturalizarían por completo el trámite sumario que corresponde al proceso de amparo. Además, conforme este Colegiado ha tenido ocasión de apreciar a través de los estudios que se muestran en el expediente, las investigaciones que se han realizado en la zona durante los últimos años no han podido ser concluyentes en ningún sentido.
8. Todo ello permite sostener a este Colegiado, con relación a este extremo de la pretensión, que el proceso de amparo no es la vía adecuada por carecer de estación probatoria respecto de cuestiones tan controvertidas como las expuestas, resultando de aplicación el artículo 9° del Código Procesal Constitucional.

### § 4. El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida

9. Si bien ha quedado establecida la dificultad para un pronunciamiento de fondo en esta vía respecto de los derechos que corresponderían a las comunidades nativas en aislamiento voluntario, cuestión central de la demanda; no obstante la recurrente también ha solicitado en su demanda la tutela del derecho contenido en el inciso 22 del artículo 2° de la Constitución, esto es, “[...] a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Al respecto, la recurrente ha manifestado que: “El establecimiento de lotes de hidrocarburos en el ámbito de la propuesta de reserva territorial Napo Tigre está amenazando el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para la vida de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario Waorani, Pananujuri y Aushiris o Abijiras que pueden sufrir las lamentables consecuencias que se observaron en el Proyecto Camisea, descrito en el punto 2.6” (escrito de demanda pág. 23).

10. Si bien la pretensión aparece aquí, una vez más, referida a los “pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario”; este Tribunal considera que al tratarse de un bien de interés general o difuso, esto es, que concierne a todos, su evaluación no está sujeta a la existencia o no de dichas comunidades. Para decirlo de manera más directa, si los trabajos de exploración y/o explotación ponen en riesgo el medio ambiente, la afectación que se produce o incluso la simple amenaza, puede y debe ser controlada en la vía del proceso de amparo, sin importar incluso quién lo presente, conforme al artículo 40° del



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Código Procesal Constitucional, en la medida que la titularidad de tales derechos no es individual sino que concierne a todos.

11. En el presente caso AIDSESEP ha sostenido en su demanda que la explotación de los Lotes 39 y 67 en la parte norte del Departamento de Loreto, supondrá una seria amenaza para sus derechos, pero también para el medio ambiente, enfatizando que: “[e]l fluido que extraerá del lote 67, catalogado como petróleo pesado, necesitará de una conexión al Oleoducto Norperuano, para esto la empresa norteamericana Barret ha previsto la construcción de un Oleoducto hasta el punto de conexión con una extensión de 400 kilómetros; además de la perforación de 117 pozos [...]”, concluyendo de ello que “podemos asegurar que están seriamente amenazados los derechos constitucionales de la vida, salud, integridad cultural y el derecho al territorio de los pueblos indígenas de la *propuesta de reserva territorial* Napo Tigre que va a ser fuertemente afectada por las actividades relacionadas a la exploración del lote 67 con tendencia a ser aún mayor cuando se inicie la explotación del mismo”.
12. Conforme al artículo 2º del Código Procesal Constitucional, en el proceso constitucional de amparo, “cuando se invoque la amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización”. Al respecto se ha venido reiterando en jurisprudencia atinente que: “para que pueda tutelarse a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional ésta debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo aquellos perjuicios que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales y de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real (es decir, que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados); tangible (que se perciba de manera precisa), e ineludible (que implique irremediablemente una violación concreta)”. (STC N.º 03910-2008-AA, fundamentos 2 y 3).
13. En el presente caso si bien las actividades de exploración y explotación de recursos pueden hacer presumir la posible afectación del medio ambiente, la recurrente no ha presentado documentación que demuestre que ello ha ocurrido en el presente caso. En la medida que su pretensión principal se ha orientado en este caso a probar la existencia de comunidades de no contactados en las zonas materia de las concesiones (Lotes 39 y 67), la acreditación respecto de posibles amenazas a los demás derechos que se invocan en la demanda no ha sido razonablemente puesta de manifiesto. Por el contrario, tal como se observa de la documentación de autos, las empresas emplazadas han mostrado documentación sobre el cumplimiento de las etapas del procedimiento, así como los protocolos correspondientes, lo que hace suponer que se vienen tomando las medidas legalmente previstas a efectos de no incurrir en actos ilegítimos. En consecuencia, la pretensión referida a la supuesta amenaza al derecho al medio ambiente resulta también improcedente, al no haberse acreditado suficientemente la supuesta amenaza de conformidad con el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

### § 5. El derecho a la consulta y su relación con los demás derechos de las comunidades



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14. La recurrente también denuncia la violación del derecho de consulta. Al respecto sostiene que: “El establecimiento de los lotes 67 y 39 se efectuaron sin consultar a las instituciones representativas de los pueblos indígenas como AIDSESEP, CONAPA o INDEPA de conformidad con el numeral 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Así, han sostenido que “[...] no cabe duda que es la ausencia de consulta lo que a la postre está ocasionando la amenaza inminente de sus derechos fundamentales a la vida, salud, bienestar e integridad cultural” (escrito de demanda pag. 29).

15. Con relación al derecho de consulta y la relevancia que tiene para el presente caso, resulta pertinente hacer referencia a la consideración de la segunda instancia judicial, la misma que, conforme se aprecia en la resolución de fecha 1 de octubre de 2008, a fojas 2151, sostiene que, “[d]ebido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario resulta evidente (sic) que no es posible hacer la consulta que establece la norma acotada”. El Tribunal no comparte esta aseveración, pues como se tendrá ocasión de desarrollar *infra*, el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones.

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; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.

16. En lo que interesa al presente caso, el Convenio 169 establece en su artículo 6° el derecho de participación de las comunidades nativas en las decisiones que los afecten:

**“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” (subrayado nuestro).

17. En el marco de sus competencias y con efectos para nuestro derecho interno, este Tribunal estima pertinente puntualizar que cuando el Convenio se refiere a los “pueblos interesados”, tal categoría comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas.

18. Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.
19. Sobre la relevancia jurídica de los tratados y convenios suscritos por el Perú, este Colegiado ha manifestado que “[...] tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.º 0047-2004-AI/TC, fundamento 22). En esta misma dirección, este Tribunal ha sido enfático en sostener que los “[...] tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, fundamento 33). Por tanto, y conforme ya se ha tenido oportunidad de establecer (STC N.º 3343-2007-AA/TC, fundamento 31), el Convenio 169 forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos.
20. El Tribunal Constitucional ha reconocido desde su STC N.º 03343-2007-PA/TC consolidando su posición en la STC N.º 022-2009-PI/TC, que la libre autodeterminación de las comunidades nativas, sumada a la concepción que éstas tienen sobre la tierra, sirven de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Es preciso aclarar que dicha autodeterminación se encuentra dentro de un marco constitucional que la delimita. Así, no debe comprenderse como un derecho que autoriza la creación de zonas exentas a la regulación legal por parte del Estado, o como un territorio de control judicial. La autodeterminación tampoco puede ser confundida “... con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado” (STC N.º 03343-2007-PA/TC, fundamento 32).
21. Es decir, cuando nuestra propia *ley fundamental* reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios.

22. Debe tomarse en consideración que el proceso de consulta debe realizarse en cumplimiento de determinados principios. En la STC 0022-2009-PI/TC (*Caso Tuanama I*) se han establecido una serie de características y principios que configuran el proceso de consulta, entre los que se encuentran: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta (fundamentos 26-36). De igual forma se delimita el contenido del derecho de consulta explicitando de un lado: 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. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (fundamentos 37-40).

### § 6. Análisis del caso concreto

23. En el presente caso, AIDSESEP manifiesta que todo el proceso de negociación, así como la elaboración de los estudios de Impacto Ambiental, se han desarrollado sin ninguna participación de las comunidades nativas de la zona o sus representantes. Esto a pesar de que para el Perú el Convenio 169 de la OIT ya se encontraba vigente al momento de suscribirse los documentos respectivos, pues éste fue ratificado por nuestro país el 2 de febrero de 1994. Las empresas emplazadas no han desvirtuado esta afirmación. De manera tangencial en su escrito de contestación de demanda de fojas 948 del expediente (116 del volumen II), la empresa Repsol manifiesta la presencia “real y reconocida” de 11 comunidades (Buena vista, Flor de coco, Shapajal, Bolívar, Soledad, Tipishca, Nueva Yarina, Santa María Mucha Vista, Nueva Libertad y San Rafael), comunidades con las que, a decir de la referida empresa, existe diálogo e incluso “se benefician de la actividad exploratoria del lote 39”. No obstante no aportan información que acredite que por lo menos dichas comunidades han participado de algún mecanismo de consulta como lo exige el Convenio 169.
24. Cabe destacar que la empresa Barret Resources (Perú) es la que ha brindado mayor información sobre la realización de talleres y mecanismos de participación de algunas de las comunidades en el proceso de exploración en sus distintas etapas. Así, en su escrito de contestación de demanda de fojas 749, hace una descripción detallada de por lo menos tres talleres requeridos mediante Resolución Ministerial N.º 535-2004-MEM-DM, manifestando además que, “para el desarrollo y puesta en producción del área se realizará un EIA (Evaluación de Impacto Ambiental) ad-hoc y se realizarán los talleres e implementarán los mecanismos de protección (sic) ciudadana que sean necesarios”.
25. Aun cuando no corresponde a este Tribunal evaluar la calidad de dichos talleres informativos, es claro que la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente, cuya convocatoria debe hacerse en el propio idioma de las comunidades correspondientes y con la supervisión de las entidades estatales que garanticen la calidad de la información brindada, y con niveles razonables de participación de los integrantes de la comunidad y sus representantes, consulta que no puede reducirse a que se



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta.

26. Tal como ha sido desarrollado hasta este punto, el Estado habría, afectado el derecho de participación previsto en el artículo 2º.17 de la Constitución. Esto habría ocurrido, al haber entregado en concesión los Lotes 39 y 67 sin la debida consulta y sin que a la fecha se haya podido acreditar con elementos razonables y confiables que lo sustenten, que las empresas y el propio Estado vienen implementando mecanismos de participación activa de las comunidades involucradas, con relación a dichos lotes de explotación de hidrocarburos.
27. De ello se concluye, en principio, que los actos de adjudicación de dichos lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución. No obstante, como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello, quienes se han venido pronunciando en diversas instancias y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación de la materia, que van desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc.
28. Todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado Peruano y garantizados por el artículo 62º de la Constitución. De manera que al momento de pronunciar el fallo en este caso, este Colegiado debe ponderar los efectos de su decisión a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar.
29. La ponderación de los efectos de la sentencia constitucional forma parte de las competencias de este Colegiado. El fundamento de tal competencia se encuentra tanto en el carácter de garante último de los derechos que ostenta, esto es, de todos los derechos que la Constitución reconoce, lo que debe hacerse conforme al principio de concordancia práctica; como también en su autonomía como órgano jurisdiccional del Estado. Al respecto se ha establecido que "de conformidad con el principio de autonomía, reconocido en el artículo 201º de la Constitución, [este Tribunal] tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular" (STC N.º 05033-2006-AA/TC, fundamento 62).
30. Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua.

Resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC 0022-2009-PI/TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, porque no se ha acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los Pueblos Indígenas y Tribales a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI**  
**MESÍA RAMÍREZ**

**BEAUMONT CALLIRGOS**  
**CALLE HAYEN**  
**ETO CRUZ**  
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**Lo que certifico:**

  
.....  
DR. VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS  
SECRETARIO RELATOR





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 06316 - 2008-PA/TC

LIMA

ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE  
DESARROLLO DE LA SELVA  
PERUANA (AIDSESP)

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

#### I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por AIDSESP (ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA) contra la resolución N.º 53 emitida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas 2143, su fecha 1 de octubre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

#### II. ANTECEDENTES

##### a. Demanda

Con fecha 10 de julio del 2007 la entidad recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO SA, BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF, sosteniendo que a través de los Contratos de Licencia de Exploración y Explotación de los Lotes 39 y 67 celebrados con las mencionadas empresas y aprobados mediante el Decreto Supremo N.º 028-1999, de fecha 7 de julio de 1999, y el Decreto Supremo N.º 038-1995, de fecha 10 de diciembre de 1995, se están vulnerando los derechos a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario waorani (tagacri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras, todos ellos incluidos en el ámbito geográfico de la "Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre". Por tanto, solicita que el Ministerio de Energía y Minas prohíba u ordene la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en dichos territorios, que se ordene a PERUPETRO S.A. que efectúe la modificación de los contratos de licencia respectivos, y que se ordene a las empresas BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF abstenerse de operar en las zonas aludidas, así como de hacer contacto con estos pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Según refiere la recurrente, con fecha 18 de febrero del 2003 presentó como propuesta la creación de la "Reserva Territorial Napo Tigre", la cual comprendía el área del lote 39 y 67 ante la Administración Técnica Forestal y de Fauna Silvestre de Loreto, junto con el Plan Operativo para realizar la delimitación territorial de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario de las cuencas altas de los ríos Yavarí, Tapiche, Napo, Curaray, Arabela y Tigre.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sostiene también que en el año 2005 presentó nuevamente ante la Dirección Regional de Agricultura de Loreto el Estudio Técnico para la Delimitación Territorial a favor de los Pueblos Indígenas en situación de Aislamiento Voluntario ubicados en la cuenca alta de los ríos Curaray, Napo, Arabela, Nashiño, Pucacuro, Tigre y afluentes, más conocida como “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre”.

La recurrente sustenta su solicitud en la Resolución Defensorial N.º 032-2005-DP, que aprobó el Informe Defensorial 101 “Pueblos indígenas en situación de Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial”, el que en el segundo considerando, numeral 2, señala que entre “los principales problemas que afrontan los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial se consideran las (...) actividades hidrocarburíferas (petróleo y gas natural) (...) Y entre los principales lotes otorgados en concesión o en negociación por el Estado que se superponen a las áreas de desplazamiento de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario (...) se encuentran:

- (...)3. Arabela, Auca (Waroni)      Lote 39: Repsol. Loreto. Licencia de Exploración Vigente.  
Lote 67: Barret. Loreto. Licencia de Exploración Vigente”.

Como asunto relevante, la recurrente manifiesta que las comunidades nativas en aislamiento son totalmente dependientes del territorio que habitan, pues sobreviven de las actividades que realizan en éste, sea agricultura o pesca. Y que es por ello que consideran que las actividades extractivas o de exploración van a significar no sólo intromisión externa no deseada en sus territorios, sino que comportarán una evidente puesta en peligro de su vida, como consecuencia de la vulnerabilidad a las enfermedades que podría propiciar su contacto con la civilización. Agrega que resulta unilateral el enfoque que sólo pretende centrarse en la facultad del Estado de aprovechar recursos de la selva, sin tomar en cuenta que en dichos territorios habitan milenariamente distintas comunidades nativas que están en peligro de extinción y respecto de los cuales se impone la obligación constitucional de actuar garantizando siempre el respeto irrestricto de los derechos humanos de dichas comunidades, sin discriminación de ninguna clase.

En este contexto, la institución demandante sostiene que con las actividades de exploración y, sobre todo, cuando se inicien las actividades de extracción, con la construcción de oleoductos y la perforación de 117 pozos, “están seriamente amenazados los derechos constitucionales de la vida, salud, integridad cultural y el derecho al territorio de los pueblos indígenas”, añadiendo que con base en “la experiencia ocurrida con la etnia Yora o Nagua a raíz de contactos forzados (Proyecto Camisea), podemos aseverar que sí se materializa la afectación de los mencionados derechos constitucionales aparecerán una serie de problemas sociales, económicos y culturales que probablemente los lleve al borde de la extinción física y cultural (...)”.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Expresa asimismo que, no obstante estos riesgos, el Estado Peruano en los años 1995 y 1999 habría suscrito contratos de licencia con las empresas Barret Resource Perú Corporation y Repsol YPF a efectos de explotar los lotes petroleros 67 y 39. Refiere al respecto que mediante Decreto Supremo N.º 038 -1995 se aprobó el contrato de Licencia de Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 67, celebrado entre PERUPETRO S.A. y la empresa Advantage Resources (Perú) Corporation, haciéndose cargo posteriormente Barret Resources Perú Corporation, Sucursal del Perú. Y, en cuanto al Lote petrolero 39, indica que el Estado, mediante Decreto Supremo N.º 028-1999, celebró el contrato de Licencia de Exploración y Explotación de Hidrocarburos entre PERUPETRO SA. y Barret Resources (Perú) Corporation, realizando esta última una cesión de posición contractual a favor de Repsol Exploración Perú - Sucursal del Perú, la cual fue aprobada mediante Decreto Supremo N.º 0008-2001.

Finalmente, AIDSESP afirma que la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, establece en su artículo 72.2 que, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, y que sin embargo el establecimiento de los lotes 67 y 39 se efectuó sin consultar a las instituciones representativas de los pueblos indígenas como AIDSESP, CONAPA o INDEPA, violando lo establecido por la mencionada ley así como lo prescrito en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

### **b. Contestación de la demanda**

#### **b.1. Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Energía y Minas**

Con fecha 3 de agosto del 2007 se apersona al proceso el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas, deduce las excepciones de incompetencia por razón de materia y de falta de agotamiento de la vía administrativa y, al mismo tiempo, contesta la demanda contradiciéndola en todos sus extremos.

Señala que “en nuestro país la Constitución Económica consagra una economía social de mercado, sustentada en la generación de la riqueza de los privados, cuya base se encuentra en dos componentes básicos: la propiedad y la libertad contractual”<sup>1</sup>, las que no pueden verse afectadas con el consiguiente daño de perjudicar las inversiones y el crecimiento económico del país.

En el mismo sentido, refiere que “resulta contrario y lesivo a los derechos del Estado (sic), el abstenerse de disponer de los beneficios de los recursos naturales como patrimonio de la Nación (...)”, por lo que considera que, “las pretensiones de la

<sup>1</sup> Fojas 265, Tomo I, escrito de contestación de la demanda (Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Energía y Minas).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Asociación demandante, resultan contrarias a los fines del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional sostenible de los recursos naturales, que como tales pertenecen a la nación”.

Señala también que la Ley Orgánica de Hidrocarburos N.º 26221, promulgada en 1993, establece que el Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos con participación de la inversión privada y en base a la libre competencia, encargando al Ministerio de Energía y Minas a través del sub sector Hidrocarburos, elaborar, aprobar, proponer y aplicar la política del sector.

Afirma por ello que si se admiten las pretensiones del demandante se desconocería, por parte del Estado, las obligaciones que ha asumido en los contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en los Lotes 39 y 67, los cuales constituyen Contratos Ley y se encuentran garantizados conforme al artículo 62 de la Constitución.

Finalmente, manifiesta que la recurrente no ha presentado ninguna documentación o prueba fehaciente que sustente que las actividades de hidrocarburos vienen afectando los derechos a la vida, a la salud de los pueblos indígenas o de las poblaciones de no contactados, y que el Estado, a fin de proteger derechos como los de integridad cultural, étnica y ambiente equilibrado, exige, antes del inicio de cualquier actividad de exploración o extractiva, que la empresa contratista cuente con un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) debidamente aprobado por la autoridad administrativa competente.

### **b.2. Contestación por parte de Perupetro Sociedad Anónima**

Con fecha 3 de agosto de 2007 PERUPETRO S.A. se apersona al proceso señalando que la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre” es solo un proyecto, una solicitud, mientras que los Contratos de Licencia de Exploración y Explotación del Lote 67 y 39 fueron suscritos mediante Decreto Supremo N.º 38-95-EM, del 10 de diciembre de 1995, y el Decreto Supremo N.º 28-99-EM del 8 de julio de 1999, los que en virtud de la Constitución y la ley son inmodificables, salvo acuerdo escrito entre las partes.

Respecto a la consulta participativa de las comunidades indígenas o las instituciones representativas de éstas sobre las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, el demandado señala que el Estado Peruano desde 1993 hasta la actualidad ha sometido a consulta de las poblaciones involucradas cada actividad que se ha realizado en un área determinada y que no se ha corroborado que el desarrollo de la actividad de hidrocarburos traiga como consecuencia efectos ambientales negativos, pues el artículo 48º del Reglamento para las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos establece como obligación a cargo del contratista y, previo al inicio de cualquier actividad de hidrocarburos, la presentación ante la autoridad competente de un Estudio de Impacto Ambiental realizado por una empresa registrada y calificada por la



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dirección General de Asuntos Ambientales, lo que garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de no causar daños.

Finalmente, sostiene que paralizar las operaciones hidrocarburíficas del lote 67 y 39 causaría un grave perjuicio para el Estado, no sólo por los ingresos que dejaría de percibir por concepto de canon petrolero, aproximadamente \$ 2,900 millones de dólares respecto al lote 67 y \$ 2,500 millones de dólares respecto del lote 39, sino que además sería una muy mala señal a la inversión privada en este tipo de proyectos que comprometen importantes recursos con los que el Estado no cuenta.

### **b.3. Contestación por parte de la empresa Barret Resources Perú**

Con fecha 3 de agosto del 2007, Barret Resources contesta la demanda argumentando que los recursos naturales de los que goza el Estado son patrimonio de la Nación. “consecuentemente podemos concluir que es el Estado el que decide sobre la concesión u otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales, ya que la Constitución Política del Perú concede al Estado la soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales (...) imponiendo la fijación por Ley Orgánica de las condiciones para su utilización y su otorgamiento a particulares (...) así como la obligación para el Estado de dictar medidas para garantizar la debida protección de los Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento que hayan sido reconocidos de acuerdo a ley”.

Afirma que la propia ley establece que los contratos de licencia tienen la condición de contratos ley y se rigen por el derecho privado, conforme al artículo 62º de la Constitución, que consagra el principio de “intangibilidad contractual”, y que garantiza a las partes contratantes la libertad de pactar válidamente según las normas vigentes al momento del contrato, lo que no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, pues la teoría de los derechos adquiridos tiene primacía. Y que es por ello que la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 757, en su artículo 54º dispone que el establecimiento de áreas naturales protegidas no tiene efectos retroactivos ni afecta los derechos adquiridos con anterioridad a la creación de éstas.

Señala además que en el presente caso no se ha cumplido con el procedimiento para el reconocimiento de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, ni para constituir una reserva indígena, por lo que AIDSESEP basa su demanda en una propuesta de reserva territorial que aún no ha sido reconocida mediante decreto supremo, esto es, se trata de una reserva inexistente.

Afirma asimismo que la pretensión expuesta en la demanda requiere de estación probatoria, de la que carece el proceso de amparo, por lo que, si bien AIDSESEP interpuso una demanda de amparo para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, no ha acompañado pruebas que acrediten de modo fehaciente la existencia de poblaciones en el área del contrato, de modo que, ante tal circunstancia, debería declararse improcedente la demanda.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Finalmente manifiesta que la Ley N.º 28736 establece que con las reservas indígenas no se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas y siempre que lo permita el estudio de impacto ambiental. En consecuencia bajo determinadas condiciones aplicadas de manera cuidadosa pueden coexistir ambas actividades, por lo que no puede sostenerse que la actividad de explotación de los recursos naturales sea excluyente con la preservación de los derechos de las comunidades.

### **b.4. Contestación de la demanda por parte de Repsol Exploración Perú**

Con fecha 18 de septiembre del 2007 se apersona al proceso REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, Sucursal del Perú, y contesta la demanda aduciendo que no existe ninguna prueba real sobre la existencia de las comunidades no contactadas a las que hace referencia la demanda, ni menos sobre su ubicación en el Lote 39, y tampoco sobre que la futura explotación del lote 39 afecte derechos constitucionales, dado que no existe un reconocimiento oficial de los pueblos indígenas y, además, la propuesta de reserva territorial aún se encuentra en estudio.

Solicita pues que la demanda sea declarada improcedente, toda vez que las pretensiones propuestas suponen necesariamente una actividad probatoria que no es posible en la vía del proceso de amparo, toda vez que no existe prueba de que las comunidades no contactadas existan y tampoco de que las actividades que realiza la empresa impacten negativamente en dichas poblaciones de cuya existencia no se puede dar fe.

Finalmente el recurrente señala que frente a la especulación de comunidades no acreditadas está la presencia real y reconocida de 11 comunidades: Buena Vista, Flor de Coco, Shapajal, Bolívar, Soledad, Tipishca, Nueva Yarina, Santa María, Mucha Vista, Nueva Libertad y San Rafael, las que interactúan con la empresa y se benefician de la actividad exploratoria del Lote 39.

### **b.5. Contestación de la demanda por parte de la empresa Burlington Resources Perú Limited**

Con fecha 19 de noviembre de 2007 BURLINGTON RESOURCES PERÚ LIMITED, en calidad de litis consorte necesario se apersona al proceso (debido a que BARRET RESOURCES CORPORATION transfirió su posición contractual a REPSOL y esta a su vez transfirió el 45% de los derechos sobre el lote 39 a BURLINGTON RESOURCES PERÚ LIMITED mediante Decreto Supremo N° 018-2005-EM publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de junio de 2005) planteando la improcedencia liminar de la demanda, pues refiere que el recurso fue interpuesto en vía paralela el 19 de junio de 2007 ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, y que contiene el mismo petitorio que el formulado en la presente demanda; agregando que además existe una indebida acumulación y por último que existe una vía idónea para tramitar el reclamo.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sostiene asimismo que el Contrato de Licencia está amparado por el artículo 62 de la Constitución, conforme al cual los contratos deben cumplirse conforme a lo acordado, y que el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos no solo generó derechos para la referida empresa, sino también obligaciones que interesan a toda la sociedad, es decir, que tras la suscripción de un contrato de licencia se encuentra el interés público de explotar los recursos naturales que pertenecen a la Nación.

### **c. Resolución de Primera Instancia**

El Primer Juzgado Civil de Maynas, con fecha 1 de julio del 2008, declaró infundada la demanda por considerar que si bien la Ley N.º 28736 y su reglamento desarrollan los mecanismos de protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento, también se establece que deben aportarse los medios probatorios de la existencia del grupo o grupos humanos indígenas en aislamiento o en contacto inicial, su identificación, así como la indicación de la magnitud de su población en las tierras en las que habitan.

El órgano judicial considera que AIDSESEP ha presentado diversos documentos corrientes, ninguno de los cuales es idóneo para demostrar la existencia de los pueblos no contactados. Y que si bien la recurrente ha presentado los Informes Defensoriales N.ºs 101, 103 y 109, expedidos por la Defensoría del Pueblo, los cuales tienen carácter y valor oficial y en las que se señala que las áreas habitadas por los pueblos indígenas, entre ellas los lotes 39 y 67, han sido otorgadas en concesión por parte del Estado Peruano, no obstante del mismo informe no se desprende inequívocamente la existencia de una amenaza cierta e inminente de agresión de derechos fundamentales de indígenas dentro de los lotes petroleros 39 y 67, ni se imputa a las empresas concesionarias la calidad de agresores.

Con estas consideraciones, el órgano judicial concluyó que no se encuentra suficientemente acreditada la amenaza cierta e inminente expuesta en la demanda, por lo que si bien el Estado y las empresas concesionarias están en la obligación de tomar las medidas preventivas para evitar cualquier tipo de afectación, las actuales circunstancias no pueden conducir a prohibir o suspender las operaciones de hidrocarburos en los lotes 39 y 67, por lo que se declara infundada la demanda.

### **d. Resolución de Segunda Instancia**

La Sala Superior competente confirma la apelada declarándola también infundada, por considerar que de los medios probatorios ofrecidos por la actora, así como del amplio debate sostenido por las partes, no se ha acreditado de manera suficiente la existencia de pueblos en situación de aislamiento en la zona en que están ubicados los lotes 39 y 67. Con relación al hecho de que las empresas involucradas hayan establecido en el Estudio de Impacto Ambiental referencias sobre las medidas que se deben ejecutar en caso de presentarse el contacto con indígenas en situación de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

aislamiento, no significa que esté acreditada la existencia de nativos, pues por el contrario, se trata del cumplimiento de la normativa vigente sobre la materia y de los protocolos de contingencia antropológica exigible en todo proyecto de exploración en las zonas de la selva.

Con relación al derecho de consulta a que alude el Convenio 169 de la OIT, la instancia judicial señala que debido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, resulta evidente que “no es posible hacer la consulta que establece la norma acotada”, pero sí resulta de plena aplicación que el Estado garantice las actividades que desarrollen las empresas beneficiadas.

Señala finalmente la Sala Civil de Loreto que tal decisión es concordante con el criterio desarrollado por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N.º 101, que no sugiere que se suspendan las actividades vinculadas al aprovechamiento de los recursos naturales, sino que se establezcan procedimientos rigurosos a fin de impedir que las actividades extractivas dañen a los pueblos indígenas, especialmente a los que se encuentran en situación de aislamiento y contacto inicial; es decir, el desarrollo de actividades hidrocarburíferas en los lotes 39 y 67 no viola *per se* los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral de las comunidades indígenas.

### III. FUNDAMENTOS

#### §1. Delimitación del petitorio

1. Conforme se desprende de la demanda, ésta tiene por objeto que se declare la suspensión y/o anulación de todos los actos de exploración y/o explotación, dependiendo de la etapa en que se encuentren, en los Lotes 67 y 39 ubicados en el Departamento de Loreto. Sostiene la recurrente que las actividades que vienen realizando las empresas emplazadas, luego de haber sido otorgadas a su favor las concesiones de exploración y/o explotación correspondientes, atentan contra los derechos a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, el derecho a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras; todos ellos incluidos en el ámbito geográfico de la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre” y que se superpone con las áreas otorgadas en concesión por el Estado. Por tanto, solicita que el Ministerio de Energía y Minas prohíba u ordene la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en dichos territorios; asimismo, que ordene a PERUPETRO S.A. que efectúe la modificación de los contratos de licencia respectivos y finalmente que se ordene a las empresas BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF abstenerse de operar en estas zonas aludidas, así como de hacer contacto con estos pueblos indígenas en aislamiento voluntario.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. Planteada en tales términos la pretensión, este Colegiado considera que ésta abarca dos ámbitos claramente delimitables. El primero versa sobre los derechos a la vida, a la salud, a la integridad, al territorio e identidad de los pueblos waorani (tagaeritaromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras, comunidades que a decir de AIDSESP, se encuentran en condición de aislamiento voluntario y tienen protección en el marco de la Ley N.º 28736 (Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial); comunidades que además se encontrarían ubicadas en el ámbito geográfico de la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre” y que se sobreponen a las zonas materia de las operaciones de exploración y/o explotación a través de los contratos de concesión de los Lotes N.º 39 y 67.

El segundo trata sobre la protección del medio ambiente, los recursos naturales y sobre la intangibilidad del territorio que se ha previsto para futuras reservas de las referidas comunidades nativas en el marco de la ya aludida Ley N.º 28736; este territorio comprende zonas que habrían sido concesionadas por el Estado peruano violando el derecho a la consulta reconocido por el Estado peruano en el Convenio 169 de la OIT y además se estaría poniendo en riesgo el medio ambiente y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para la salud y el desarrollo de la vida que reconoce el inciso 22 del artículo 2º de la Constitución.

### **§2. Sobre la legitimidad de AIDSESP con relación a las pretensiones planteadas**

3. Antes de avanzar, conviene precisar si la recurrente puede solicitar tutela respecto de los derechos de comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario, así como respecto de la tutela del medio ambiente y los demás bienes colectivos a que hace referencia la demanda. La respuesta a esta cuestión puntual se encuentra recogida en el artículo 40º del Código Procesal Constitucional, conforme al cual, “...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”.

De manera más específica aún, la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, establece un grado mayor de cobertura en el acceso a la tutela ambiental al precisar en su artículo IV que “Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Se pueden interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. Con relación a los derechos de las comunidades en aislamiento voluntario, el artículo 8° de la Ley N.º 28736 establece que: “Los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial se benefician de todos los derechos que la Constitución y la ley establecen a favor de las Comunidades Nativas”. Ello, desde luego, comprende la adecuada protección jurisdiccional de sus derechos, de modo que para efectos de su efectiva defensa, puede presentar acciones de garantía cualquier persona, natural o jurídica, por lo que no cabe cuestionar la legitimidad procesal en este tipo de demandas, al margen de la vía procesal.

Este Colegiado considera por ello que no tienen cabida las inquietudes planteadas en la Audiencia Pública realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con fecha 31 de agosto de 2009, respecto de la eventual falta de legitimación procesal de la entidad demandante. En tal sentido, debe concluirse en este punto que frente a reclamos actuales o futuros, cualquier persona natural o jurídica puede presentar un pedido o demanda ante las autoridades con relación a los derechos de las comunidades en aislamiento o poblaciones en situación de vulnerabilidad como es el caso de las comunidades nativas a que se refiere la Ley N.º 28736. AIDSESEP, por tanto, cuenta con legítimo interés en la presente causa, al tratarse de una entidad que representa a un conjunto de comunidades indígenas de la selva amazónica, que se encuentra constituida conforme a las leyes vigentes, tal como se observa de los documentos que adjunta en autos.

### **§3. Sobre la supuesta amenaza a los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario y la prueba de la existencia de los mismos**

5. La cuestión central que se expone en la demanda se refiere a la presunta amenaza de violación a los derechos de las comunidades que se encuentran en aislamiento voluntario y cuyos territorios forman parte de las áreas cedidas por el Estado a las empresas aludidas en los antecedentes para los proyectos de exploración y posterior explotación de hidrocarburos en los Lotes 39 y 67, en la parte norte del Departamento de Loreto.

La entidad recurrente expone que “el área del lote 39 es de 420,870.90 Has. ubicado entre las provincias de Loreto y Maynas del dpto. de Loreto; y el lote 67 tiene una extensión de 101,931686 Has. en la provincia de Maynas y a 10 kilómetros de la frontera con el Ecuador. Ambos lotes se encuentran dentro del territorio de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario del grupo étnico Waorani (Tagaeri-Taromenane), Pananujuri (Arabela) y Aushiris (Abijiras) comprendidos en la propuesta de reserva territorial Napo Tigre” (fojas 10 de la demanda).

Añade la recurrente que “podemos asegurar que están seriamente amenazados los derechos constitucionales de la vida, salud, integridad cultural y el derecho al territorio de los pueblos indígenas”, y que en base a “la experiencia ocurrida con la etnia Yora o Nagua a raíz de contactos forzados (Proyecto Camisca); (...) si se materializa la afectación de los mencionados derechos constitucionales aparecerán



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

una serie de problemas sociales, económicos y culturales que probablemente los lleve al borde de la extinción física y cultural (...)

6. A efectos de acreditar la amenaza cierta e inminente a los derechos a los que se alude en la demanda, los recurrentes han presentado una serie de estudios, documentos y testimonios, así como el Informe N.º 101 de la Defensoría del Pueblo, conforme al cual existiría superposición entre los Lotes 67 y 39 entregados en concesión por el Estado y los territorios de “desplazamiento” de los Arabela y Auca (Waroni) en situación de aislamiento voluntario. En concreto, se lee en la demanda que: “La presencia de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario en esa zona, se sustenta por testimonios proporcionados por los miembros de las comunidades nativas de la zona, así como los colonos y madereros que habitan y recorren toda la extensión de la zona donde se ubican” (fojas 7 de la demanda).
7. Para respaldar sus afirmaciones, AIDSESEP ha presentado los siguientes documentos:
  - a) A fojas 37 se visualiza el Estudio Técnico elaborado por AIDSESEP: “Delimitación territorial a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario ubicados en la cuenca alta de los ríos Curaray, Napo, Arabela, Nashiño, Pucacuro, Tigre y afluentes”, en el cual se afirma la existencia de pueblos indígenas no contactados, aunque no se establecen mayores elementos que sustenten de dicha afirmación.
  - b) A fojas 180, AIDSESEP presenta la Ordenanza Regional N.º 004-2004-CR/GRL, en la que el Gobierno Regional de Loreto excluye temporalmente a ciertas unidades de aprovechamiento forestal, las cuales coinciden con las zonas en las que se ubicarían los pueblos a favor de los que se presenta la demanda; este acto, señala la demandante, constituiría un reconocimiento implícito de estas comunidades que hizo el Gobierno Regional de Loreto.
  - c) A fojas 181, AIDSESEP presenta un informe realizado por José Álvarez Alonso titulado: “Amenaza de Genocidio en Loreto: Indígenas en aislamiento voluntario en peligro por causas de las actividades madereras”, en el que narra los peligros y la reducción de la población indígena por causas de la actividad económica maderera.
  - d) A fojas 188, adjuntan CDs que contienen los Informes Defensoriales N.º 99, 101 y 103. En el segundo de estos la Defensoría establece que los lotes 39 y 67 “se superponen a las áreas de desplazamiento de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario”.
  - e) A fojas 1237, puede verse el documento “Opinión Técnica sobre el Estudio Técnico de AIDSESEP”, redactado por el antropólogo Jorge Gasche, en el cual se señala la existencia de las comunidades indígenas no contactadas en el territorio cuestionado, por lo que recomienda que se brinde el apoyo institucional a AIDSESEP para la creación de la reserva Pucacuro.
  - f) A fojas 1234, se recoge el Informe realizado por el antropólogo Marek Wolodzko, en el cual reconoce la existencia de los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, manifestando su respaldo a fin de que se proteja a estos pueblos mediante la creación de las reservas indígenas.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- g) En el tomo IV, de fojas 15 a 92, se recogen pruebas testimoniales de los pobladores de la zona que afirman la existencia de comunidades indígenas no contactados. Se trata de experiencias vividas por cazadores, viajeros, pobladores de localidades cercanas y, en algunos casos, datan de hace más de dos décadas.
- h) Asimismo en su escrito de apelación de fojas 1882, AIDSEFP ha reiterado la necesidad de actuar algunas de estas pruebas, en especial dos videos que contienen el debate entre dos especialistas: Carlos Mora y José Alvarez, video que no habría sido visualizado por la instancia judicial. De otro lado refieren que los propios Estudios de Impacto Ambiental de ambos lotes (39 y 67) constituirían reconocimiento expreso de la presencia de las comunidades aludidas en la demanda, sin que estos documentos hayan sido apreciados por el juzgador.

Para este Colegiado, de esta extensa lista, el documento de mayor seriedad y relevancia, al tratarse de una investigación realizada en el marco de las funciones que corresponden a un ente público, lo constituye el Informe 101 de la Defensoría del Pueblo. Dicho informe, no obstante, debe ser apreciado en el marco de las funciones de prevención y tutela de los derechos constitucionales que corresponde a esta importante institución en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. En tal sentido la mención que se realiza en el punto 2 del referido Informe no resulta concluyente para este Colegiado de cara al caso concreto aquí planteado.

8. Tal como se aprecia a lo largo del proceso, a nivel judicial las empresas emplazadas, así como el propio procurador del Ministerio de Energía y Minas, han puesto en duda los documentos que sustentan la posición de la demandante. En tal sentido y contra lo postulado por la recurrente, han presentado una lista extensa de estudios y documentos que demostrarían la no presencia de las comunidades o pueblos no contactados o en aislamiento voluntario en las zonas materia de los proyectos de exploración y/o explotación a que se refiere la demanda. Entre las pruebas en las que se sustentan, merece desatacarse las siguientes:

- a) A fojas 314, el antropólogo Carlos Mora Bernasconi presenta el informe denominado: "Opinión Antropológica sobre el Estudio Técnico de AIDSEFP". En resumen señala que dicho estudio técnico presentado como documento fundamental para sustentar la pretensión de la recurrente no reúne las condiciones necesarias desde un punto de vista antropológico para validar la propuesta de creación de la mencionada reserva territorial. Cuestiona las fuentes así como la metodología del estudio realizado.
- b) A fojas 1946, se adjunta un resumen ejecutivo realizado por la empresa DAIMI Perú S.A. ("Investigación interdisciplinaria antropológica respecto a pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial – Propuesta de la reserva territorial Napo-Tigre-Curaray"). En sus aspectos más relevantes este estudio hace un seguimiento lingüístico a las comunidades en cuestión, concluyendo que:  
*"i) no se encontró ninguna población que presentara características similares a la lengua arabela (familia lingüística záparo) que dé indicios de la existencia de poblaciones en estado de aislamiento voluntario o contacto inicial."*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- j) Los objiras y aushiris son términos que en tiempos coloniales designaron a los grupos conocidos como záparos y otros grupos que hoy conocemos como waorani y arabela. Por consiguiente, no existen grupos humanos en aislamiento voluntario o en contacto inicial que se pueda identificar como grupo étnico abijira, aushiri, waorani y arabela”.*
- c) Asimismo, en el decurso del proceso judicial y como anexos al expediente, se han presentado sendos informes de especialistas avalados por prestigiosas universidades, que van en la misma dirección. En tal sentido se aprecia el Informe Antropológico de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, Facultad de Ciencias de la Educación y Humanidades, el cual concluye señalando que no se encuentran evidencias de presencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en la zona. Igualmente, el Informe Multidisciplinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Ciencias Sociales, el cual concluye que no se acredita la existencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en la zona materia de la presente controversia.
9. Tal como se aprecia, se trata de documentos, dictámenes y/o investigaciones que plantean conclusiones contradictorias, cuya actuación probatoria y/o peritaje, si fuera posible llevar adelante, prolongarían la decisión y desnaturalizarían por completo el trámite sumario que corresponde al proceso de amparo. Además, conforme este Colegiado ha tenido ocasión de apreciar a través de los estudios que se muestran en el expediente, las investigaciones que se han realizado en la zona durante los últimos años no han podido ser concluyentes en ningún sentido.
10. Todo ello permite sostener a este Colegiado, con relación a este extremo de la pretensión, que el proceso de amparo no es la vía adecuada por carecer de estación probatoria respecto de cuestiones tan controvertidas como las expuestas, resultando de aplicación el artículo 9º del Código Procesal Constitucional<sup>2</sup>.

En tal línea este Tribunal ha establecido que la inexistencia de una estación de pruebas se debe a que en estos procesos no se dilucida la titularidad de un derecho, sino sólo se restablece su ejercicio. (Exp. 04415-2004-AA, fundamento 5). En el mismo sentido se ha ratificado también que: “La naturaleza excepcional, urgente y sumarisima de los procesos constitucionales determina que no se pueda actuar una diversidad de medios probatorios; ello por el contexto en el cual el juzgador constitucional tiene que dictar en forma inmediata una orden encaminada a detener o suspender la realización de un hecho violador de un derecho constitucional, medida que no puede admitir demora en la ejecución en su trámite. Por tanto, la tutela inmediata no permite actuaciones procedimentales del tipo probatorio, en principio”. (Exp. 02876-2005-HC, fundamento 22).

<sup>2</sup> Art. 9º: “Ausencia de etapa probatoria.- En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A esto hay que agregar que si bien en el marco de aludido artículo 9° del Código Procesal Constitucional pueden solicitarse peritajes e incluso, llegado el caso, actuarse algunos medios probatorios, en el presente caso una razonable apreciación de las circunstancias y elementos que podrían ser materia de prueba aconsejan a este Colegiado prescindir de ellos, dada la naturaleza del conflicto y la impertinencia de tales esfuerzos por los predecibles resultados que no conducirían sino a constatar lo que un juicio intuitivo puede concluir, sin extenuar más tiempo en tales actuaciones.

11. Ello no es óbice, sin embargo, para dejar establecida la responsabilidad del Estado a través de las instituciones dedicadas a la investigación de las comunidades nativas de la selva, en especial el INDEPA, a efectos de que destine recursos orientados a promover la investigación científica sobre los pueblos en aislamiento voluntario, su ubicación, condiciones de vida, territorios que ocupan, lenguas, cultura y formas de vida. Es deber del Estado, en el marco de la efectiva protección de los derechos de estos pueblos, reconocidos tanto a nivel interno como a través de documentos internacionales suscritos por el Perú, desarrollar investigaciones o promoverlas a través de instituciones privadas o públicas sobre su real existencia, como parte del derecho que tienen estos pueblos de acceder a los demás derechos que se les reconoce. Sin investigaciones que permitan conocer su real existencia y necesidades, el discurso sobre sus derechos resultará siempre vacío de contenido y carecerá de una real intención de atenderlos por parte de los poderes públicos.

Este Tribunal considera razonable que parte de las regalías, que las empresas entregan al Estado por concepto de explotación de los recursos que se extraen de la selva amazónica, así como los fondos que éstas transfieren al Estado como consecuencia de programas de compensación u otro creado o por crearse, debiera destinarse a la investigación científica sobre las propias comunidades y sus formas de vida, promoviendo además su estudio y difusión en los distintos niveles de formación, en las escuelas públicas y privadas a nivel nacional, pues es claro que estos pueblos forman parte del pluralismo cultural protegido desde la Constitución<sup>3</sup>.

### **§4. El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida**

12. Si bien ha quedado establecida la dificultad para un pronunciamiento de fondo en esta vía respecto de los derechos que corresponderían a las comunidades nativas en aislamiento voluntario, cuestión central de la demanda; no obstante la recurrente también ha solicitado en su demanda la tutela del derecho contenido en el inciso 22 del artículo 2° de la Constitución, esto es, a “[...]a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

<sup>3</sup> Constitución Política del Perú

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

[...]

(19). A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Al respecto, la recurrente ha manifestado que: “El establecimiento de lotes de hidrocarburos en el ámbito de la propuesta de reserva territorial Napo Tigre está amenazando el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para la vida de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario Waorani, Pananujuri y Aushiris o Abijiras que pueden sufrir las lamentables consecuencias que se observaron en el Proyecto Camisea, descrito en el punto 2.6.” (Escrito de demanda pág. 23).

13. Si bien la pretensión aparece aquí, una vez más, referida a los “pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario”; este Tribunal considera que al tratarse de un bien de interés general o difuso, esto es, que concierne a todos, su evaluación no está sujeta a la existencia o no de dichas comunidades. Para decirlo de manera más directa, si los trabajos de exploración y/o explotación ponen en riesgo el medio ambiente, la afectación que se produce o incluso la simple amenaza, puede y debe ser controlada en la vía del proceso de amparo, sin importar incluso quién lo presente, conforme al artículo 40° del Código Procesal Constitucional<sup>4</sup>, en la medida que la titularidad de tales derechos no es individual sino que concierne a todos.
14. Varios son los enunciados normativos que desde la Constitución configuran la responsabilidad del Estado respecto de la protección del medio ambiente. El artículo 67° establece por ejemplo que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso *sostenible de los recursos naturales*. De otro lado el artículo 68° de la Constitución prescribe que: “El Estado está obligado a promover *la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas*”. En la misma dirección el artículo 69° precisa que: “El Estado promueve el *desarrollo sostenible de la Amazonía*”. (Resaltado agregado).

De esto se desprende con meridiana claridad que la Constitución pone en manos de los poderes públicos un especial deber de protección del medio ambiente y los recursos naturales; al tiempo de reconocer verdaderos derechos constitucionales que titularizan todos los peruanos sin excepción y no sólo las comunidades que habitan las circunscripciones territoriales de la selva amazónica.

#### <sup>4</sup> Código Procesal Constitucional

##### *Artículo 40.- Representación Procesal*

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada.

Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

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.

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15. De ahí que cuando el artículo 66° de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento, dicho enunciado normativo no debe ser interpretado al margen de las obligaciones que imponen al Estado las demás disposiciones constitucionales aludidas, esto es: la obligación del “uso sostenible de los recursos naturales”: “la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”; así como el “desarrollo sostenible de la Amazonía”.
16. Más todavía si se toma en cuenta que la propia Constitución incorpora el derecho de todos los peruanos “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida” (Art. 2° 22). Como ha precisado este Colegiado el “ambiente adecuado” constituye: “[...] un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos” (STC N.° 0018-2001-AI/TC, fundamento 7).
17. En tal sentido, se tiene establecido en jurisprudencia atinente que a partir de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22) y de los artículos 66°, 67°, 68° y 69° de la Constitución, “una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables-, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto”. (STC N.° 03343-2007-AA, fundamento 16).
18. Sobre algunos aspectos del contenido constitucional del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para la salud y la vida este Colegiado también ha tenido ocasión de establecer algunas premisas. Así, se ha sostenido que se trata de verdaderos derechos subjetivos, que importan además exigencias específicas y políticas en determinado sentido desde el Estado, a efectos de garantizar condiciones habitables y duraderas en el ambiente (STC N.° 00018-2001-AI/TC, STC N.° 00964-2002-AA/TC, STC N.° 0048-2004-PI/TC y STC N.° 01206-2005-AA).
19. En la medida que se trata de derechos en fórmula de principios, las posibilidades de cómo el Estado puede asumir estas obligaciones son muy diversas. Garantizar un ambiente adecuado para la salud supone necesariamente la articulación de una serie de políticas y compromisos con distintos sectores que comprenden los distintos estamentos de los poderes públicos, desde el gobierno central hasta los municipios; mientras que entre los particulares supone una serie de compromisos y actitudes, que van desde respetar las políticas establecidas a través de contratos, leyes, reglamentos etc., hasta respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos originarios que viven en las localidades donde se generan las posibilidades de explotación de los recursos naturales, lo que, desde luego, debe hacerse en el marco del ordenamiento jurídico. Como se tendrá ocasión de desarrollar más adelante, ello incluye el respeto irrestricto del derecho de consulta a las comunidades, consulta que debe efectuarse en





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

condiciones de libertad, acceso a la información neutral y acatamiento a lo decidido en el seno de dichas comunidades.

20. Con relación a los poderes públicos, debe destacarse como obligaciones fundamentales del Estado el especial deber de protección de los recursos, en especial de los que tienen carácter de no renovables, a través de mecanismos legales y administrativos efectivos así como mediante acciones de supervisión y control permanente y en forma concertada con las comunidades por parte de las autoridades correspondientes, con relación a las actividades extractivas o de exploración realizadas por las empresas o corporaciones comprometidas. De otro lado, una política adecuada de preservación de la salud de los pobladores y las comunidades aledañas a las zonas de extracción a efectos de prevenir o combatir, oportunamente, cualquier riesgo que ponga en peligro su medio ambiente, su hábitat, los elementos de su vida cultural y, desde luego, su integridad y salud. Solo así puede hablarse de un uso “sostenible” de los recursos naturales que no ponga en riesgo la vida, la salud y la cultura de las comunidades nativas y que, al mismo tiempo, permita un aprovechamiento racional de las riquezas de nuestra selva amazónica.
21. Conviene enfatizar que es deber ineludible del Estado orientar los recursos obtenidos de dicha explotación racional hacia políticas públicas que, en forma participativa con las comunidades que habitan los lugares de donde se extraen tales recursos, contribuyan a un desarrollo progresivo de ellas, puesto que por razones de cercanía es indudable que están más propensas a sufrir los mayores impactos que generan las actividades extractivas. Al propio tiempo, la responsabilidad con las generaciones futuras por parte de los entes privados y públicos obliga a que también se destinen a actividades de recuperación y de prevención.

### **§5. Desarrollo sostenible y responsabilidad social de las empresas**

22. Para lograr un punto de equilibrio entre los derechos que se recogen en el artículo 2.22 de la Constitución a los que se ha hecho referencia *supra*, y el aprovechamiento de los recursos que proporciona la propia naturaleza, la Constitución también se refiere en el artículo 67º, a la obligación del Estado de promover el “uso sostenible de los recursos naturales”, mientras que el artículo 69º alude al “desarrollo sostenible de la Amazonía”.
23. Se trata sin duda de disposiciones que deben ser concretadas en el marco de las funciones de control que corresponde, en este caso, a las instancias jurisdiccionales. Este Colegiado ha establecido al respecto que la sostenibilidad importa un enfoque de contrapartida al enfoque económico de corto plazo, que haga posible pensar el desarrollo económico desde una perspectiva estratégica en el que “[...] los procesos de inversión no se entiendan y manejen únicamente con el fin de obtener beneficios monetarios, sino que se consideren asimismo factores no monetarios (por ejemplo las realidades sociales, culturales y ecológicas) (STC N.º 0048-2004-AI/TC, fundamento 35).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24. En tal sentido este Colegiado ha precisado que: el principio de desarrollo sostenible o sustentable constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y mejores condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, propugna que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se ‘financien’ incurriendo en ‘deudas’ sociales para el porvenir” (STC N.º 02002-2006-AC, fundamento 31,32).
25. De ahí que se haya señalado que “la perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio *sostenibilidad* (artículo V de la Ley General del Ambiente) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Así, los derechos de las actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras”. Se ha precisado además que “no se trata de preservar exclusivamente el legado ambiental, sino también aspectos relativos al ámbito cultural. Es decir, que nuestra deuda con las generaciones futuras no se agota en aspectos ambientales, que si bien forman parte esencial del concepto *desarrollo sostenible*, no se agota en él” (STC N.º 3343-2007-AA/TC, fundamento 15).
26. En la medida que en la explotación de los recursos naturales concurren tanto obligaciones de parte de los poderes públicos como responsabilidades de los privados que orientan su actividad económica en este campo, la siguiente cuestión que no puede quedar al margen en la construcción del concepto de “sostenibilidad” es la de la responsabilidad social empresarial. Si para los poderes públicos tal concepto supone un conjunto de obligaciones prestacionales o de control, en el ámbito privado no sólo se trata del cumplimiento de normas específicas en el desarrollo de sus actividades, sino también de cierto compromiso moral y, desde luego, del sometimiento al imperio de la propia Constitución.
27. Se trata de la responsabilidad social de las empresas, en este caso con el medio ambiente y el uso sostenible de los recursos. Al respecto este Colegiado ha establecido que “La economía social de mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto” (STC N.º 048-2004-AI/TC, fundamento 15).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

28. De manera que cuando hablamos de responsabilidad social, nos estamos refiriendo a un principio basilar para la organización de la economía y el mercado, en el marco del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que se recoge en el artículo 43° de la propia Constitución. Bajo la forma de responsabilidad social empresarial se prescribe entonces la obligación de los poderes privados, de compatibilizar su legítimo interés de lucro en el desarrollo de sus actividades, con el respeto irrestricto a los derechos e intereses generales que se promuevan desde el orden jurídico vigente. No se trata en consecuencia de un llamado moral, sino de una obligación jurídica de la que se extraen consecuencias ante la inobservancia por parte de las empresas.

### §6. Inversión, desarrollo y Constitución

29. No se trata de contraponer el progreso y las posibilidades de desarrollo a partir de la explotación responsable de los recursos naturales, de un lado, y del otro la visión romántica de una comunidad alejada de las posibilidades que puede generar la inversión privada. Desde la Constitución es posible concebir un proyecto de convivencia armoniosa entre ambas perspectivas. La condición de que ello sea posible es sin embargo que se acepte como punto de partida los principios y valores que establece la propia Constitución, cuyo planteamiento antropocéntrico parte por hacer de la persona humana y el respeto de su dignidad el fin último y no el medio, como a veces se pretende tergiversar.

30. En el presente caso AIDSESEP ha sostenido en su demanda que la explotación de los Lotes 39 y 67 en la parte norte del Departamento de Loreto, supondrá una seria amenaza para sus derechos, pero también para el medio ambiente, enfatizando que: “[e]l fluido que extraerá del lote 67, catalogado como petróleo pesado, necesitará de una conexión al Oleoducto Norperuano, para esto la empresa norteamericana Barret ha previsto la construcción de un Oleoducto hasta el punto de conexión con una extensión de 400 kilómetros; además de la perforación de 117 pozos [...]”, concluyendo de ello que “podemos asegurar que están seriamente amenazados los derechos constitucionales de la vida, salud, integridad cultural y el derecho al territorio de los pueblos indígenas de la *propuesta de reserva territorial* Napo Tigre que va a ser fuertemente afectada por las actividades relacionadas a la exploración del lote 67 con tendencia a ser aún mayor cuando se inicie la explotación del mismo”.

Luego de considerar que existe un “abierto desconocimiento del sector energía y minas a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario”, AIDSESEP reclama que la perspectiva del Estado no debe “centrarse en la facultad (...) de aprovechar recursos naturales sino en el respeto efectivo de los derechos humanos de las personas que habitan en territorios indígenas que han sido incluidos en lotes de hidrocarburos donde se realizarán actividades hidrocarburíferas”.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

31. Por su parte la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Energía y Minas ha sostenido, al contestar la demanda, entre otros argumentos, que “El sistema legal en el Perú, procura por sobre todo la plena vigencia de las libertades contractuales, las cuales no pueden ser afectadas con el consiguiente daño de perjudicar (sic) las inversiones y el crecimiento económico”. Es por ello que considera que “resulta contrario y lesivo a los *derechos del Estado*, el abstenerse de disponer de los beneficios de los recursos naturales como patrimonio de la nación, sin que ello signifique las limitaciones a las opciones de progreso y bienestar de todos los peruanos”.
32. Al margen de la complejidad de los problemas que se esconden detrás de cada una de estas perspectivas, este Colegiado considera que como suele ocurrir en tantos otros conflictos de valores, perspectivas y opciones, propias de una sociedad plural, también en este asunto las respuestas que desde la Constitución corresponde encontrar, parecen situarse en un punto intermedio, entre las libertades económicas para la explotación de los recursos y la preservación de estos, su aprovechamiento sostenible y el bienestar de las poblaciones que habitan estos territorios.
33. Por tanto, ni es cierto que de la mera autorización para la exploración o explotación de un pozo para la extracción de hidrocarburos se desprenda automáticamente la lesión o amenaza de lesión de los derechos de las comunidades nativas, del medio ambiente y de los demás recursos naturales que alberga nuestra selva; ni tampoco es cierta la afirmación tan determinante del procurador del Estado cuando sostiene que el sistema legal “procura por sobre todo” la plena vigencia de las libertades contractuales.
34. Desde la Constitución corresponde compatibilizar la explotación racional de los recursos con el respeto de los derechos y el medio ambiente. Desde esta perspectiva, la posición del Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas no resulta de recibo cuando sugiere que no es la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales que le son afines los que constituyen el “fin supremo de la sociedad y del Estado” como se lee en el artículo 1° de la Constitución, sino que en el ordenamiento jurídico, lo que estaría “por sobre todo” es el mercado y las “libertades contractuales”, sin los cuales no serían posibles, el “progreso y bienestar de todos los peruanos”.

El Tribunal no puede compartir dicho criterio, pues como ya se ha adelantado, en el marco del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, la propia libertad contractual tiene límites, en la medida que lo que ella autoriza debe ser contrastado con el contenido de las cláusulas de otros bienes y principios constitucionales que imponen especiales deberes de protección a las autoridades y poderes públicos.

35. En esta dirección, se ha tenido ocasión de establecer, y ahora este Colegiado lo reafirma, que conforme al artículo 44° de la Constitución, es deber del Estado “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, lo que supone, entre otras acciones, “[...]”



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada” (STC N.º 3343-2007-AA/TC).

36. Se ha puesto énfasis también en que (STC N.º 3330-2004-AA/TC) los derechos fundamentales que la Constitución reconoce constituyen, por un lado, derechos subjetivos de toda persona y, por otro, se configuran como un orden material y objetivo de valores constitucionales de los que se desprende todo el ordenamiento jurídico. El que la Constitución recoja un orden material de valores supone, entre otros aspectos, que sus contenidos se expanden tanto hacia la actuación de los poderes públicos (los que deben actuar conforme a dichos valores y principios), como a los propios particulares (el denominado efecto horizontal).
37. En el Estado Constitucional de Derecho no sólo la actividad legislativa o los actos del gobierno y del propio Poder Judicial tienen como límite de su actuación el respeto irrestricto a los derechos fundamentales; sino que también los actos de particulares y, sobre todo, de los particulares que actúan con poderes parecidos a los de los poderes públicos, como ocurre con muchas empresas o corporaciones transnacionales con capacidad para poner en riesgo los derechos de grupos vulnerables, como ocurre en el caso de las comunidades nativas.
38. La imposición de los mandatos constitucionales a la actuación de los poderes privados, sobre todo de las grandes corporaciones es, sin lugar a dudas, el gran reto del Estado constitucional que, a la par que se compromete con la defensa de los derechos fundamentales, eventualmente pareciera renunciar a fijarle límites claros al mercado y sus agentes, confiando, a veces en exceso, en un orden “natural” de sus propios actores. No obstante, no hay que olvidar que nada es impermeable a la fuerza expansiva y penetrante de la Constitución. Como lo ha destacado Häberle, “El mercado en cuanto parte de la sociedad abierta, está conformado por la Constitución: no nos es dado por la “naturaleza” sino que es constitucionalizado, no se protege o se excluye, sino que se trata de un espacio social, en el que el ejercicio de los derechos fundamentales encuentra su lugar: en concurrencia y cooperación, en intercambio y en aglomeración, conjuntamente o en disputa” (Häberle, Peter, “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado” en ReDCE, N.º 5, enero-junio 2006, pág. 14).

### **§7. Soberanía del Estado y control constitucional**

39. De ello se desprende entonces la necesidad de una vigilancia constitucional permanente a la actividad de las corporaciones que manejan grandes inversiones de capital y que en su afán de lucro, propio de la actividad económica y comercial, pueden poner en peligro la propia supervivencia de la especie humana, probable riesgo cuando estas inversiones se trasladan al “pulmón del mundo” como es la Amazonía. Las actividades de inversión en los proyectos de exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos no pueden manejarse en el holgado marco de las llamadas libertades contractuales entre privados, como sugiere el Procurador



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

del Ministerio de Energía y Minas. Y ello porque comprometen bienes que son de todos, en el sentido más genérico del término y en el que el Estado no puede renunciar a su soberanía, en este caso para protegerlos y asegurar su preservación; las actividades de inversión están también bajo control constitucional cuando este sea invocado, como en este caso.

40. Es verdad que el Estado reclama soberanía para disponer de estos recursos basándose en el artículo 66° de la Constitución. Sin embargo no hay que olvidar que en el ejercicio de dicha soberanía no puede prescindirse de las funciones de control constitucional que corresponden a este Colegiado. La soberanía del Estado es única, pero su ejercicio es compartido por los poderes y órganos constitucionales del Estado, incluido los órganos jurisdiccionales, a quienes la Constitución encomienda el ejercicio soberano del control constitucional y la garantía de los derechos. El Tribunal es un órgano del Estado que ejerce soberanía en materia constitucional y nada le es ajeno en esta materia.
41. De manera que cuando la Constitución establece en su artículo 66° que con relación a los recursos naturales renovables y no renovables, el Estado es “soberano en su aprovechamiento”, de este enunciado no se desprende que dicho aprovechamiento pueda realizarse al margen de la Constitución, los tratados y convenios internacionales y los derechos que estos reconocen, así como tampoco renunciando a los poderes de control que constituyen la garantía jurisdiccional de dichos derechos. La soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales incorpora también mecanismos de protección y control, en este caso a cargo de órganos jurisdiccionales, como el que corresponde a este Colegiado en defensa de los derechos que pueden verse comprometidos en estas actividades. Afirmar lo contrario llevaría a aceptar la tesis negada por este Colegiado sobre la existencias de zonas exentas o inmunes al control constitucional.

### **§8. Consideraciones de respuesta al caso planteado con relación al derecho a un ambiente sano y equilibrado para la vida**

42. Tal como ya se ha advertido *supra*, la recurrente ha planteado la protección del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida que reconoce el inciso 22 del artículo 2° de la Constitución, y se ha puesto como titulares de tal derecho a las comunidades no contactadas. Esta posibilidad ya ha sido desvirtuada por este Colegiado, al establecer la dificultad probatoria sobre esta cuestión. Resta responder al tema de la amenaza al derecho al medio ambiente adecuado en cuanto bien constitucional difuso.
43. Conforme al artículo 2° del Código Procesal Constitucional, en el proceso constitucional de amparo, “cuando se invoque la amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización”. Al respecto se ha venido reiterando en jurisprudencia atinente que: “para que pueda tutelarse a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional ésta debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo aquellos perjuicios que escapen a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales y de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real (es decir, que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados); tangible (que se perciba de manera precisa), e ineludible (que implique irremediablemente una violación concreta)". (STC N.º 05910-2008-AA, fundamentos 2,3).

44. En el presente caso si bien las actividades de exploración y explotación de recursos pueden hacer presumir la posible afectación del medio ambiente, la recurrente no ha presentado documentación que demuestre que ello ha ocurrido en el presente caso. En la medida que su pretensión principal se ha orientado en este caso a probar la existencia de comunidades de no contactados en las zonas materia de las concesiones (lotes 39 y 67), la acreditación respecto de posibles amenazas a los demás derechos que se invocan en la demanda no ha sido razonablemente puesta de manifiesto. Por el contrario, tal como se observa de la documentación de autos, las empresas emplazadas han mostrado documentación sobre el cumplimiento de las etapas del procedimiento, así como los protocolos correspondientes, lo que hace suponer que se vienen tomando las medidas legalmente previstas a efectos de no incurrir en actos ilegítimos.

En consecuencia, la pretensión referida a la supuesta amenaza al derecho al medio ambiente resulta también improcedente, al no haberse acreditado suficientemente la supuesta amenaza de conformidad con el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

### **§9. El derecho a la consulta y su relación con los demás derechos de las comunidades**

45. La recurrente también denuncia la violación del derecho de consulta. Al respecto sostiene que: "El establecimiento de los lotes 67 y 39 se efectuaron sin consultar a las instituciones representativas de los pueblos indígenas como AIDSESEP, CONAPA o INDEPA de conformidad con el numeral 1 del artículo 6 del convenio 169 de la OIT. Así, han sostenido que "[...] no cabe duda que es la ausencia de consulta lo que a la postre está ocasionando la amenaza inminente de sus derechos fundamentales a la vida, salud, bienestar e integridad cultural" (escrito de demanda pag. 29).
46. Con relación al derecho de consulta y la relevancia que tiene para el presente caso, resulta pertinente hacer referencia a la consideración de la segunda instancia judicial, la misma que, conforme se aprecia en la resolución de fecha 1 de octubre de 2008, a fojas 2151, sostiene que, "[d]ebido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario resulta evidente (sic) que no es posible hacer la consulta que establece la norma acotada".
47. El Tribunal no comparte esta aseveración, pues como se tendrá ocasión de desarrollar *infra*, el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones.

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; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.

48. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales fue suscrito en Ginebra en el año 1989 y ratificado por el Perú en enero de 1994. Como advierte en su parte considerativa, se trata de un instrumento internacional que busca garantizar la vigencia efectiva del derecho a la preservación de los rasgos culturales y demás derechos de las comunidades y pueblos indígenas.

49. En lo que interesa al presente caso, el Convenio 169 establece en su artículo 6° el derecho de participación de las comunidades nativas en las decisiones que los afectan:

**“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” (subrayado nuestro).

50. En el marco de sus competencias y con efectos para nuestro derecho interno, este Tribunal estima pertinente puntualizar que cuando el Convenio se refiere los “pueblos interesados”, tal categoría comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas.

51. Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en el desarrollo y preservación de su propia identidad.

### “Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

### “Artículo 13

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

(...)”.

### “Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
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” (subrayado agregado).

52. Sobre la relevancia jurídica de los tratados y convenios suscritos por el Perú, este Colegiado ha manifestado que “[...] tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” ( STC N.º 0047-2004-AI/TC,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

fundamento 22). En esta misma dirección, este Tribunal ha sido enfático en sostener que los “[...] tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, fundamento 33).

53. Por tanto, y conforme ya se ha tenido oportunidad de establecer (STC 3343-2007-AA/TC, fundamento 31), el Convenio 169 forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos.
54. El Tribunal Constitucional recientemente ha reconocido en su sentencia recaída en el Expediente N.º 3343-2007-PA/TC, que la libre autodeterminación de las comunidades nativas, sumada a la concepción que éstas tienen sobre la tierra, sirven de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa, derecho que, como se ha señalado en la sentencia ya citada, viene a ser una concretización del artículo 2, inciso 17) de la Constitución.
55. Es decir, cuando nuestra propia *ley fundamental* reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad.
56. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam ha manifestado que:

“(…) 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 aprobación de la comunidad, si este fuere 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” (subrayado nuestro).
57. En la misma línea, este Colegiado considera que el derecho de consulta y activa participación de las comunidades supone un derecho previo a cualquier acto de intromisión de proyectos o procesos de adjudicación de concesiones de explotación y/o explotación, en la medida que tienen directa incidencia en la propia validez jurídica de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

dichos actos. Por tanto, para que se configure válidamente en términos constitucionales el mecanismo de consulta previa, no basta con la información que se remita a la comunidad nativa sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales, ni tampoco es suficiente la realización de talleres orientados a “capacitar” a dichas comunidades, sino que resulta imprescindible que en el desarrollo del proceso de consulta se presenten fórmulas para llegar a acuerdos con la comunidades a fin de que éstas se pronuncien, a través de sus representantes, sobre su conformidad o no con el proyecto y la manera cómo se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.

Especial relevancia tiene, asimismo, la forma como se debe producir dichas consultas, así como la calidad de la información de que se debe disponer. Este Colegiado considera que resulta fundamental que la información llegue a las comunidades en su idioma originario, y mediante los canales más adecuados, tomando en cuenta las interferencias culturales, a fin de garantizar una real y efectiva comunicación y transmisión de informaciones. En tal sentido, este Colegiado estima que los siguientes son principios a tener en cuenta en todo proceso de consulta a las comunidades:

- a) *Neutralidad.* El Estado, a través de sus instituciones, nacionales, técnicas o locales, es el portador del mensaje de consulta y garante neutral del proceso. El principio de neutralidad debe alejar cualquier interés directo en el resultado del proceso de consulta, tanto hacia los intereses de los grupos que podrían orientar las decisiones internas de la comunidad, como las que podrían hacerlo hacia los intereses de las empresas involucradas.
- b) *Veracidad y buena fe:* La información que se transmita debe ser veraz y el proceso de transmisión debe hacerse en el marco del principio de buena fe. La información debe ser pública, honesta y transparente, de modo que la comunidad tenga acceso directo a fuentes fiables.
- c) *Accesibilidad.* Debe tratarse de un proceso no sólo formal, sino también material, en el sentido de que todos tengan acceso a la información, dependiendo de la edad; incluso los niños deben participar en talleres que les permita comprender el proceso de información que vive su comunidad. Debe hacerse en su propio idioma y tratando de que la información llegue a todos los integrantes, sin alterar sus hábitos y costumbres en este propósito.
- d) *Tolerancia.* En ningún caso debe admitirse imposiciones de ningún tipo. Los procesos de consulta deben estar asistidos por especialistas que conozcan los valores y la cultura del pueblo o comunidad a la que se dirige la consulta, los que deben actuar bajo el principio de tolerancia y respeto.

58. Entonces corresponde también al propio Estado, en forma coordinada con las propias comunidades y sus representantes, diseñar los mecanismos idóneos que aseguren la participación activa de las comunidades nativas y garanticen, de ese modo, la protección de sus intereses particulares que se ven proyectados en buena cuenta en los intereses de la sociedad en su conjunto. Ello se desprende de manera ineludible de las obligaciones del Estado peruano al haber suscrito el Convenio N.º 169 de la OIT en el marco de sus compromisos con la comunidad internacional, de modo que cada vez que se pretenda dictar una medida legislativa o administrativa que incida directamente en los intereses de las comunidades indígenas, estas decisiones deban haber sido previamente consultadas.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

59. El derecho de consulta tiene como objeto la activa participación de las comunidades en los proyectos de aprovechamiento responsable y sostenible de los recursos que se encuentran en el área geográfica que corresponde a las comunidades o incluso en lugares colindantes a éstas. Corresponde a las autoridades del Estado plasmar los mecanismos que la legislación permita para lograr el consentimiento de las comunidades a los proyectos de inversión que se pretenda desarrollar, dejando de lado cualquier mecanismo de presión o violencia para imponerse cuando la comunidad se resista a ello.

### **9.1. Derecho de consulta, desarrollo infraconstitucional y otros derechos**

60. A partir del reconocimiento a nivel constitucional del derecho de participación de las comunidades indígenas, vinculado al derecho de consulta reconocido en el Convenio 169 de la OIT, conviene también prestar atención a las normas que a nivel administrativo han desarrollado este instituto. Así, la Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, vincula el derecho a la consulta con el derecho a la identidad cultural, derecho que identifica como:

“el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...] e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda” (*subrayado agregado*).

61. Por su parte el Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, establece una serie de mecanismos de consulta, dependiendo de la etapa en que se encuentra el proyecto. En tal sentido destaca en su artículo VI, la oportunidad en que debe producirse la consulta:

#### **“Artículo VI.- Oportunidad**

La oportunidad en la que se aplicará el presente Reglamento será durante las siguientes etapas:

a. Participación Ciudadana derivada de la negociación o concurso de los Contratos de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos: Proceso de Participación Ciudadana que se desarrolla a través de una serie de actuaciones a cargo de PERUPETRO S.A., que comprende el proceso de negociación con las empresas interesadas hasta su adjudicación y posterior presentación de las empresas a las Poblaciones Involucradas.

b. Participación Ciudadana durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales: Proceso de Participación Ciudadana que se desarrolla durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales, que desarrollarán los Titulares del proyecto, con o sin participación de la DGAAE.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

c. Participación Ciudadana posterior a la aprobación de los Estudios Ambientales: Proceso de Participación Ciudadana que se desarrolla luego de la aprobación de los Estudios Ambientales, durante el ciclo de vida del proyecto.

62. En el presente caso, AIDSESEP manifiesta que todo el proceso de negociación, así como la elaboración de los estudios de Impacto Ambiental, se han desarrollado sin ninguna participación de las comunidades nativas de la zona o sus representantes. Esto a pesar de que para el Perú el Convenio 169 de la OIT ya se encontraba vigente al momento de suscribirse los documentos respectivos, pues éste fue ratificado por nuestro país el 2 de febrero de 1994.
63. Las empresas emplazadas no han desvirtuado esta afirmación. De manera tangencial en su escrito de contestación de demanda de fojas 948 del expediente (116 del volumen II), la empresa Repsol manifiesta la presencia “real y reconocida” de 11 comunidades (Buena vista, Flor de coco, Shapajal, Bolívar, Soledad, Tipishca, Nueva Yarina, Santa María Mucha Vista, Nueva Libertad y San Rafael), comunidades con las que, a decir de la referida empresa, existe diálogo e incluso “se benefician de la actividad exploratoria del lote 39”. No obstante no aportan información que acredite que por lo menos dichas comunidades han participado de algún mecanismo de consulta como lo exige el Convenio 169.
64. Cabe destacar que la empresa Barret Resources (Perú) es la que ha brindado mayor información sobre la realización de talleres y mecanismos de participación de algunas de las comunidades en el proceso de exploración en sus distintas etapas. Así, en su escrito de contestación de demanda de fojas 749, hace una descripción detallada de por lo menos tres talleres requeridos mediante R.M. N.º 535-2004-MEM-DM, manifestando además que, “para el desarrollo y puesta en producción del área se realizará un EIA (Evaluación de Impacto Ambiental) ad-hoc y se realizarán los talleres e implementarán los mecanismos de protección (sic) ciudadana que sean necesarios”.
65. Aun cuando no corresponde a este Tribunal evaluar la calidad de dichos talleres informativos, es claro que la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente, cuya convocatoria debe hacerse en el propio idioma de las comunidades correspondientes y con la supervisión de las entidades estatales que garanticen la calidad de la información brindada, y con niveles razonables de participación de los integrantes de la comunidad y sus representantes, consulta que no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta. Tales condiciones mínimas que exige el derecho de consulta no se habrían presentado en el presente caso, lo que en principio llevaría a declarar fundado este extremo de la demanda. No obstante, el caso plantea la necesidad de ponderar las eventuales consecuencias que un fallo en este sentido supondría de cara a los bienes constitucionales en juego.
66. Tal como ha sido desarrollado hasta este punto, el Estado habría actuado al margen de sus compromisos internacionales, afectando, además, el derecho de participación



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

previsto en el artículo 2º.17 de la Constitución. Esto habría ocurrido, al haber entregado en concesión los Lotes 39 y 67 sin la debida consulta y sin que a la fecha se haya podido acreditar con elementos razonables y confiables que lo sustenten, que las empresas y el propio Estado vienen implementando mecanismos de participación activa de las comunidades involucradas, con relación a dichos lotes de explotación de hidrocarburos.

67. De ello se concluye, en principio, que los actos de adjudicación de dichos Lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución. No obstante, como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello, quienes se han venido pronunciando en diversas instancias y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación de la materia, que van desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc.

68. Todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado Peruano y garantizados por el artículo 62º de la Constitución. De manera que al momento de pronunciar el fallo en este caso, este Colegiado debe ponderar los efectos de su decisión a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar.

70. La ponderación de los efectos de la sentencia constitucional forma parte de las competencias de este Colegiado. El fundamento de tal competencia se encuentra tanto en el carácter de garante último de los derechos que ostenta, esto es, de todos los derechos que la Constitución reconoce, lo que debe hacerse conforme al principio de concordancia práctica; como también en su autonomía como órgano jurisdiccional del Estado. Al respecto se ha establecido que “de conformidad con el principio de autonomía, reconocido en el artículo 201º de la Constitución, [este Tribunal] tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular” (STC N.º 05033-2006-AA/TC, fundamento 62).

71. Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua.

Resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida. Dichas acciones se deben implementar en los próximos 12 meses posteriores a la publicación de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo interpuesta; y **EXHORTAR** a las entidades competentes, en especial al Ministerio de Energía y Minas, a efectos de proceder de inmediato con las acciones a que se refiere el fundamento 71 de esta sentencia.

S.

LANDA ARROYO

Lo que certifico:

DR. VÍCTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS  
SECRETARIO RELATOR