

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales

**LA AFECTACIÓN DIRECTA POSITIVA DE LA CREACION DE CORDILLERA
ESCALERA VS EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA**
Un conflicto sin resolver

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de
los Recursos Naturales

AUTOR:

Sandra Lizeth Bravo Mego

ASESOR:

Isabel Calle Valladares

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20110252

AÑO:

2018

RESUMEN

Las áreas de conservación regional son áreas naturales protegidas que cuentan con una importancia ecológica significativa. En dichas áreas se permite el aprovechamiento o extracción de recursos, priorizando a la población local. Asimismo, de existir pueblos indígenas en la zona en la que se desee crear un área de conservación regional se deberá realizar la consulta previa de forma anterior a la creación de esta área, a fin de respetar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados.

Sin embargo, a pesar que se conocía que en la zona de creación del área de conservación regional Cordillera Escalera existían pueblos indígenas, el Gobierno Regional de San Martín omitió llevar a cabo el proceso de la consulta previa. Ello, ha generado una afectación directa a los pueblos indígenas, ya que con la finalidad de proteger el área de conservación regional se han restringido la posibilidad de habitar esta zona, así como otras actividades que realizaban estos pueblos con fines netamente de supervivencia.

Por ello, este trabajo académico tiene como objetivo (i) reafirmar la importancia de la consulta previa en los procesos de creación de áreas naturales protegidas; y, (ii) demostrar que la incorporación de los pueblos indígenas al proceso de creación de un área natural protegida tiene un impacto positivo. Lo último debido a que existiría una retroalimentación entre la autoridad promotora de la creación del área y estos a fin de determinar el mejor manejo del área.

INDICE

1.	Introducción.....	4
2.	Las Áreas de Conservación Regional y su relación con la consulta previa.....	5
2.1.	Las Áreas de Conservación Regional y el marco legal.....	5
2.2.	Procedimiento para la creación de un área de conservación regional (ACR).....	6
3.	La Consulta Previa.....	9
3.1.	La consulta previa en el marco del Convenio 169 de la OIT.....	9
3.2.	La regulación sobre la consulta previa prevista en el marco nacional	11
3.3.	La afectación directa como elemento determinante para realizar el proceso de consulta previa.....	12
4.	Las Áreas de Conservación Regional y la Consulta Previa.....	14
4.1.	Regulación de las Áreas Naturales Protegidas en relación con la consulta previa.....	14
4.2.	Conflictos entre la creación de áreas naturales protegidas y el derecho a la consulta previa.....	15
4.2.1.	Efectos jurídicos de la creación de un ACR vs. los pueblos indígenas.....	15
4.2.2.	Implícita afectación directa positiva de la creación del ACR	17
4.3.	Implicancias jurídicas de no haber realizado el procedimiento de consulta previa en relación a la creación de un ACR.....	19
4.3.1.	Inobservancia del principio <i>iura novit curia</i> y el bloque de constitucionalidad.....	23
4.3.2.	Inobservancia de la nulidad de las normas.....	23
5.	El conflicto de la conservación del área de conservación regional cordillera escalera y la vulneración al derecho de consulta previa.....	25
5.1.	La finalidad de la creación del ACR Cordillera Escalera.....	25
5.2.	Las comunidades indígenas relacionadas al ACR.....	26
5.3.	El proceso de consulta previa en el caso del ACR Cordillera Escalera.....	27
5.4.	Principales conflictos entre la protección del ACR y las comunidades.....	28
5.5.	Situación Actual.....	29
6.	La consulta previa y los aportes para la gestión de las Áreas de Conservación Regional.....	30
7.	Conclusiones.....	32
8.	Bibliografía.....	34

INTRODUCCIÓN

El 25 de diciembre de 2005, mediante Decreto Supremo N° 045-2005-AG, se creó el área de conservación regional “Cordillera Escalera” en la región de San Martín, la cual es un área natural protegida de uso indirecto. Sin embargo, para la creación de esta área no se ha considerado que en esta área se encuentran las tierras de diversos Comunidades Kechwa o Kichwa, las mismas que han sido ocupadas de forma ancestral, por lo cual debió haberse realizado una consulta previa.

De acuerdo al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la consulta previa es el mecanismo por el cual se incorpora la perspectiva de los pueblos indígenas en todas las medidas que puedan generarles una afectación. En este caso, con la creación del área de conservación regional Cordillera Escalera se restringen muchas actividades a fin de proteger el área, lo cual evidentemente genera una afectación a la forma de vida de la Comunidad Kechwa que en pro de su supervivencia realiza actividades que modifican el ecosistema, pero no de una manera representativa.

El presente caso cobra vital relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, ya que se debe responder a las siguientes preguntas: la finalidad de conservación de Cordillera Escalera puede vulnerar el derecho a consulta previa de la Comunidad Kechwa, cuál es la consecuencia jurídica de no haber realizado el proceso de consulta; y, por tanto, si las acciones que se han tomado para restringir las actividades de supervivencia de esta comunidad son válidas.

A fin de responder las preguntas planteadas se desarrollará qué son las áreas de conservación regional y el marco legal aplicables a estas, qué es el proceso de consulta previa y su relación en el proceso de creación de las áreas de conservación regional y el conflicto que se está ocurriendo en razón a ello en el la Región San Martín.

1. LAS AREAS DE CONSERVACIÓN REGIONAL Y SU RELACION CON LA CONSULTA PREVIA

1.1. Las Áreas de Conservación Regional y el marco legal

Conforme al numeral 7 del capítulo I del Plan Director de las Áreas Naturales Protegidas (no actualizado), aprobado por Decreto Supremo N° 010-99-AG¹ (en adelante, “Plan Director de las ANP”), las Área de Conservación Regional (en adelante, “ACR”) son zonas que cuentan con importancia ecológica significativa, pero que no califican para integrarse al Sistema Nacional de Áreas Protegidas por el Estado; sin embargo, conforme al artículo 3 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas², aprobada por Ley N° 26834 (en adelante, “Ley de ANP”), las ACR de igual forma son consideradas áreas naturales protegidas (en adelante, “ANP”).

Asimismo, el artículo 21 de la Ley de ANP establece que las ACR tienen la categoría de área de uso directo; es decir, se permite el aprovechamiento o extracción de recursos, priorizando a la población local, siempre que los recursos y las zonas se hayan definido en el plan de manejo del área.

El aprovechamiento que se realice al interior del ACR – entendiendo que es una ANP – deberá considerar la zonificación que se plantee en el Plan Maestro³ de esta a fin de resguardar los objetivos que tiene el área, de acuerdo con el artículo 60 del Reglamento de la Ley de ANP, aprobado con Decreto Supremo N° 038-2001-AG.

Cabe resaltar que, de acuerdo al artículo 60 del Reglamento de la Ley de ANP, la zonificación que se establezca en el Plan Maestro del ANP deberá establecer áreas de uso especial en las zonas donde se realicen actividades de transformación del ecosistema, las cuales son ejecutadas en base a derechos adquiridos anteriores a la creación del ANP, como son los derechos de los pueblos indígenas.

¹ Actualizado mediante Decreto Supremo N° 016-2009-MINAM.

³ Los Planes Maestros, de acuerdo con el artículo 37 del Reglamento de la Ley de ANP, son los documentos de planificación estratégica que tienen el más alto nivel para la gestión de una ANP, los mismos que deberán definir por lo menos tres aspectos del área: (i) zonificación, estrategias y políticas generales para la gestión del área; (ii) La organización, objetivos, planes específicos requeridos y programas de manejo; y, (iii) los marcos de cooperación, coordinación y participación relacionados al área y sus zonas de amortiguamiento, de acuerdo al artículo 20 de la Ley de ANP.

Por lo tanto, las ACR, como ANP, son áreas que se determinan “*para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país*”⁴, de lo cual se puede inferir que a través de su creación se busca tutelar el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado; así como buscar que el objetivo de conservación no colisione con otros derechos fundamentales que están reconocidos en la Constitución Política del Perú (en adelante, “la Constitución”) y los tratados internacionales ratificados por el país.

Otro aspecto importante, es que los encargados del manejo y administración del ACR son los gobiernos regionales. No obstante, la administración debe ser llevada a cabo en coordinación con las Municipalidades, poblaciones locales, Comunidades Campesinas o Nativas que habiten en el área, e instituciones privadas y públicas; quienes participan en la gestión y desarrollo de las mismas, conforme al artículo 69 del Reglamento de la Ley de ANP.

Por consiguiente, los dos aspectos más relevantes al momento de establecer un ACR son:

- i. El ACR es un área de uso directo⁵; por ello, se permite el aprovechamiento o extracción de recursos, prioritariamente por las poblaciones locales, en las zonas correspondientes conforme al plan del área.
- ii. Al establecer un nuevo ACR se deberá respetar los derechos adquiridos⁶.

1.2. Procedimiento para la creación de un Área de Conservación Regional (ACR)

En primer lugar, se debe tomar en cuenta que los Gobiernos Regionales son los encargados de llevar el proceso de creación de un ACR ante el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (en adelante, “SERNANP”) ⁷ y su creación

⁴ ANDALUZ, Carlos
2013 *Manual de Derecho Ambiental*. 4ta edición. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL, pp. 270.

⁵ Conforme al inciso b) del artículo 21 de la Ley de ANP.

⁶ Conforme al numeral 68.2 del artículo 68 del Reglamento de la Ley de ANP.

⁷ Conforme al artículo 11 de la Ley de ANP.

deberá ser realizada mediante Decreto Supremo⁸, aprobado en Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro del Ambiente⁹.

De acuerdo con la Resolución de Presidencia N° 144-2015-SERNANP, que aprueba las “Disposiciones Complementarias para la evaluación de propuestas para el establecimiento de Áreas de Conservación Regional” (en adelante, “Resolución N° 144”), los documentos que se requieren presentar en el expediente para la creación de un ACR son los siguientes:

1. Expediente técnico que sustente el establecimiento del ACR
2. Un oficio del Gobierno Regional (en adelante, “GORE”) correspondiente, mediante el cual manifiesta el compromiso de asegurar la sostenibilidad financiera de la gestión del ACR con cargo a su propio presupuesto, sin generar gastos adicionales al Estado de una duración mínima de 5 años.
3. Una lista geo referenciada de los derechos reales existentes y títulos habilitantes existentes al interior de la propuesta del ACR, especificando las actividades que realiza cada uno de los titulares de los derechos.
4. Copia de las publicaciones realizadas en el diario oficial El Peruano y en un diario de circulación local, en la cual se indique la ubicación política, extensión y mapa del área propuesta con el listado de coordenadas UTM, Datum WGS84; así como la información de contacto para el acceso a la información y las consultas respectivas.
5. En caso de identificarse que existen pueblos indígenas se realizará un proceso de consulta previa de acuerdo a las normas vigentes.

El SERNANP ha elaborado un diagrama que resumen las actividades que deberá realizar el GORE para poder presentar un expediente técnico que sustente la creación del ACR:

⁸ Conforme al artículo 7 de la Ley de ANP y 42 del Reglamento.

⁹ Antes era refrendado por el Ministerio de Agricultura porque la autoridad en donde se presentaba el expediente de creación de una ACR era INRENA que estaba adscrito a este ministerio, pero actualmente el SERNANP – que absorbió a INRENA por el Decreto Legislativo N° 1013– está adscrito al Ministerio del Ambiente.

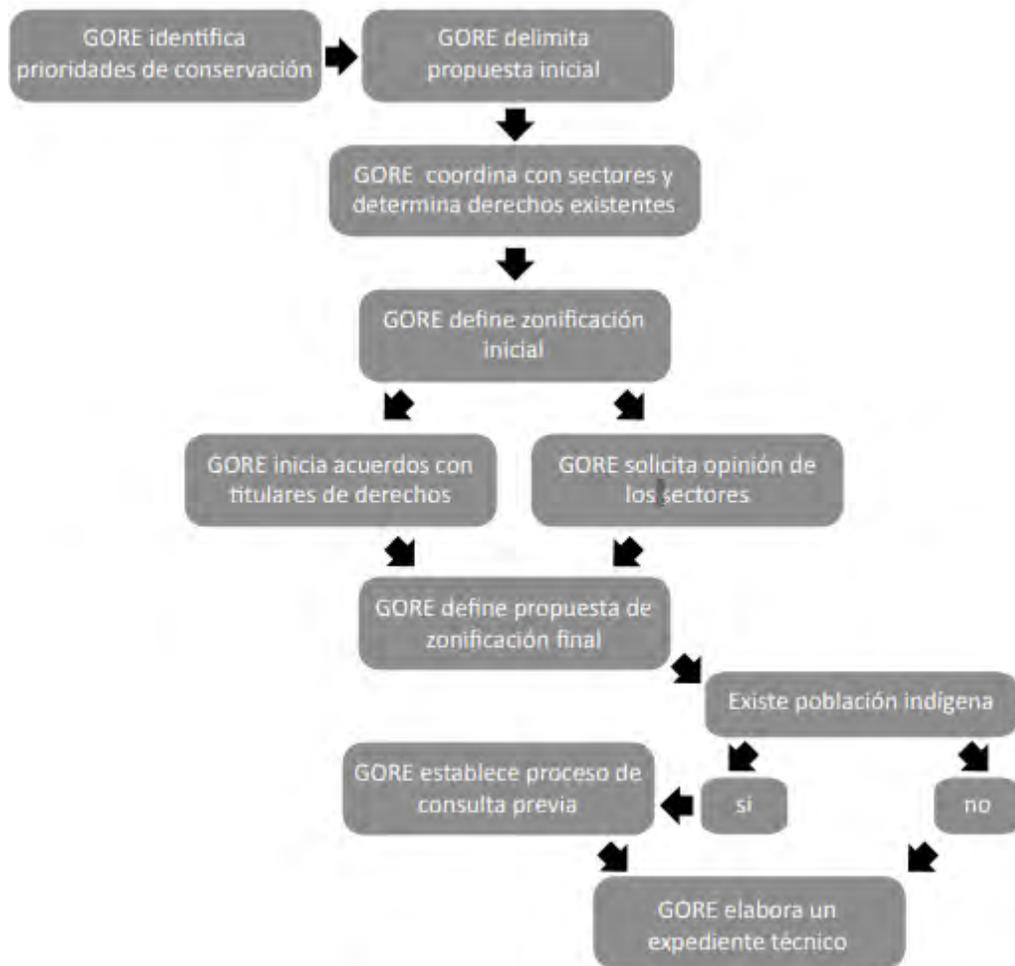


Diagrama 1 – Proceso de elaboración del expediente técnico¹⁰

Una vez ingresado el expediente, la Dirección de Desarrollo Estratégico del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (DEE) y la Oficina de Asesoría Jurídica (OAJ) se encargará de verificar el cumplimiento de los requisitos formales y; posteriormente, el fondo será evaluado por el Consejo Directivo de SERNANP, el cual podrá remitir observaciones al Gobierno Región al y este subsanarlas.

Finalmente, de encontrarse conforme la creación del ACR, el Consejo Directivo del SERNANP remite formalmente el proyecto de norma al MINAM para su evaluación., la misma que al dar su conformidad eleva la propuesta al Consejo de Ministros,

¹⁰ Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – SERNANP 2013 Documento de Trabajo: Áreas de Conservación Regional. SERNANP. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2018. Link: <http://www.sernanp.gob.pe/documents/10181/147284/5+Doc+Trabajo+Areas+de+Conservacion+Regional+%281%29.pdf/ea712fc6-7e14-459c-b281-06007aa7aa02>

quienes evalúan nuevamente la propuesta, y finalmente con su conformidad emiten el Decreto Supremo de su creación.

El SERNANP ha elaborado un diagrama que resume el proceso de evaluación de la creación del ACR:

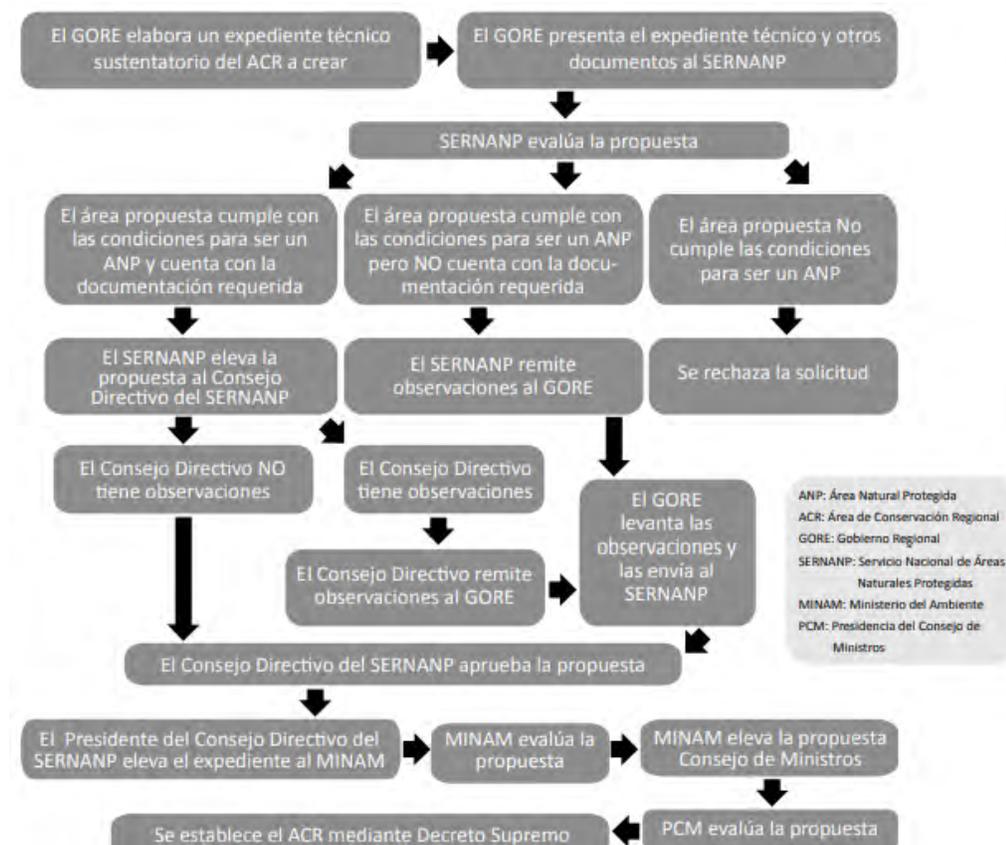


Diagrama 2 – Proceso de evaluación del expediente técnico¹¹

2. LA CONSULTA PREVIA

2.1. La consulta previa en el marco del Convenio 169 de la OIT

El derecho a la consulta previa tiene como objetivo incorporar la perspectiva de los pueblos indígenas en toda aquella medida que pueda generar algún tipo de afectación a sus derechos, por lo cual la implementación de un efectivo diálogo intercultural genera una salvaguarda de este derecho a ser consultados¹².

¹¹ Ídem.

¹² COOPERACIÓN ALEMANA

A la fecha en la que se dio el presente caso, el derecho a la consulta previa en nuestro país estaba reconocido a nivel constitucional¹³, a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “Convenio 169”), también llamado “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”, el mismo que fue ratificado por el Congreso de la Pública¹⁴ y entró en vigor el 2 de febrero de 1995.

El objetivo del Convenio 169 de la OIT, acorde al artículo 7, es lo siguiente:

“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.”

En consecuencia, a partir de este momento el Perú hace suya la obligación de reconocer la autonomía de los pueblos y su libre determinación; así como el derecho que estos tienen de ser consultados en caso se quiera implementar una política, proyecto de inversión o cualquier otra actividades que pueda afectar sus derechos o que afecte su forma de vida.

Además, conforme al artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa debe ser aplicada a los pueblos tribales o indígenas, estos últimos por “*el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales*”.

2016 *La Implementación del Derecho a la Consulta Previa en Perú*. Lima: Cooperación Alemana, pp. 8.

¹³ Toda vez que, conforme al artículo 55 de la Constitución, se entiende que los tratados internacionales ratificados por nuestro país forman parte del derecho nacional.

¹⁴ El Congreso ratificó el Convenio 169 el 2 de diciembre de 1993 mediante Resolución Legislativa N° 26253.

En esa misma línea, al momento de implementar las acciones correspondientes para la consulta, de acuerdo al artículo 6, el Estado deberá garantizar que (i) la consulta se realizará mediante un procedimiento apropiado y, en especial, a través de sus instituciones representativas, (ii) establecerá los medios para que puedan participar libremente, como los otros sectores de la población y (iii) establecerán los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativa de los pueblos. Finalmente, este proceso de consulta deberá ser “*llevado de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento*”; sin embargo, el Convenio 169 de la OIT solo hace referencia que los pueblos deberán otorgar su pleno consentimiento cuando se trate de una reubicación.

Cabe precisar que si bien el Convenio 169 de la OIT formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico, a la fecha de la creación del ACR Cordillera caso no se había desarrollado una forma o metodología para realizar este proceso.

2.2. La regulación sobre la consulta previa prevista en el marco nacional

Actualmente, nuestro país cuenta normas que materializan el objetivo, finalidad y procedimiento del derecho fundamental de consulta previa. Es así que en el 2011 se aprobó la Ley N° 29785 (en adelante, “LCP”), mediante la cual se aprobó la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT y su Reglamento, aprobado a través del Decreto supremo N° 001-2012-MC.

El objetivo de la normativa es clara: el Estado tiene la obligación de iniciar un proceso de consulta previa, pero este proceso debe estar enmarcado en los siguientes principios que han sido establecidos en el artículo 4 de la LCP: (i) oportunidad; previa a la toma de una decisión; (ii) interculturalidad, debe respetarse las diferencias; (iii) buena fe, clima de confianza y colaboración; (iv) flexibilidad, debe desarrollarse a través de un procedimiento apropiado de acuerdo al caso concreto; (v) plazo razonable, debe considerar un plazo en el cual pueda permitirse el intercambio de ideas y opiniones; (vi) ausencia de coacción o condicionamiento; y con (vii) información oportuna, brindar la información con un tiempo prudente para que puedan tomar postura en base a esta.

Dichos principios deben guiar todas las etapas de la consulta previa, las cuales mencionaremos a continuación: (i) Identificación de la medida, (ii) Identificación de los pueblos indígenas u originarios (Elaborar Plan de Consulta), (iii) Publicidad, (iv) Información, (v) Evaluación interna, (vi) Diálogo; y, (vii) Decisión.

Asimismo, es importante señalar que, conforme al artículo 3 del Reglamento de LCP, el proceso de consulta previa debe ser llevado a cabo por la entidad pública responsable de emitir una medida deba ser consultada. En ese sentido, de acuerdo a la normativa en materia e ANP, en este caso el proceso de consulta previa debió ser realizado por el GORE, pues esta fue la entidad que estuvo a cargo del proceso de elaboración del expediente técnico sustentatorio de la creación del ACR Cordillera Escalera.

Por lo tanto, los aspectos más relevantes a tener en cuenta en relación a la consulta previa, considerando nuestro marco nacional y el Convenio 169 de la OIT, son: (i) proceso está dirigido solamente a los pueblos indígenas, (ii) respeto de los derechos colectivos, (iii) se ejerce en caso una medida administrativa los afecte o impacte directamente, (iv) debe ser realizada de forma previa a la adopción de la medida que se desee realizar; y, (v) su finalidad es llegar a un acuerdo entre las partes que son el Estado y los pueblos indígenas.

En consecuencia, la consulta previa es un mecanismo que tiene por objetivo reconocer que todos los pueblos indígenas tienen derechos colectivos y que deben ser respetados por el Estado.

2.3. La afectación directa como elemento determinante para realizar el proceso de consulta previa

De acuerdo con el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT se deberá consultar a los pueblos indígenas todas aquellas medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente¹⁵. Considerando ello, parecería sencillo

¹⁵ **Artículo 6**
Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

entender que implica una afectación directa incluso la OIT, en el Manual del Convenio 169 de la OIT¹⁶, señaló diversos supuestos, a modo de ejemplos, de afectación que podrían sufrir los pueblos indígenas. Sin embargo, la delimitación de este concepto dependerá finalmente de cada estado, pero deberá considerar lo expuesto por la OIT para no desnaturalizar el contenido de la consulta previa.

En relación a la afectación, esta puede tener una dimensión negativa o positiva de acuerdo a los efectos que puedan desprenderse de esta en relación al ejercicio de sus derechos colectivos¹⁷. La dimensión negativa es cuando restringe o limita los derechos que les son inherentes y la dimensión positiva es cuando se generan medidas que tendrán un impacto positivo en el desarrollo de sus actividades.

A modo de ejemplo, el Ministerio de cultura elabora esta gráfica:



Diagrama 3 – Ejemplos de incidencia negativa o positiva de una medida¹⁸

(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; (...)

¹⁶ Organización Internacional del Trabajo
2003 Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual - proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Francia. consulta: 05 de noviembre de 2018.
Link: http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf

¹⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO
2017 Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa - Incluye experiencias de instituciones invitadas de Argentina, Brasil y Guatemala. Lima, pp 9. Consulta: 05 de noviembre de 2018.
Link: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Libro-Buenas-practicas-defensoriales-en-consulta-previa-2017.pdf>

¹⁸ MINISTERIO DE CULTURA

3. LAS ÁREAS DE CONSERVACIÓN REGIONAL Y LA CONSULTA PREVIA

3.1. Regulación de las Áreas Naturales Protegidas en relación con la consulta previa

De acuerdo a lo previamente desarrollado, se puede apreciar que el proceso de consulta previa siempre ha sido considerado al momento de creación de un ANP. Tan es así que el artículo 43 del Reglamento de la Ley de ANP establece lo que en el proceso de establecimiento de un ANP siguiente: se deberá realizar *“procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el Convenio N° 169”*.

Asimismo, se indica que la participación de los pueblos indígenas debe ser realizada a través de sus organizaciones locales y utilizando en lo posible el idioma más relevante del lugar para que este proceso puede lograr su finalidad.

Es más, en el artículo 9 del Reglamento de la Ley de ANP se refirma el compromiso que se tiene para con los pueblos indígenas pues se establece lo siguiente:

“se reconoce, protege y promueve los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas, espirituales y económicas propias de las comunidades campesinas y nativas, tal como lo establece el “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, en particular según lo señalado en su Parte IX y en armonía con los objetivos de creación de las Áreas Naturales Protegidas.”

Adicionalmente, conforme al numeral 3 del capítulo II del Plan Director de las ANP, establece que para todos los procesos de creación de un ACR se deberá realizar necesariamente un cuidadoso proceso de consulta con las poblaciones locales y la información obtenida deberá fundar los principios directores en la relación entre los

2016 Derechos Colectivos De Los Pueblos Indígenas U Originarios. Lima, pp: 53. Consulta: 05 de noviembre de 2018.

Link: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/derechos-colectivos.pdf>

intereses de protección de las ANP, el uso de sus recursos y los derechos de las localidades.

Cabe precisar que, en el caso de creación de un ACR, el GORE es el responsable de llevar a cabo el proceso de consulta previa con los pueblos indígenas en el ámbito propuesto como ANP. Además, conforme a lo señalado en el apartado 2.2 de este documento, el GORE deberá adjuntar los resultados del proceso de consulta como parte del expediente técnico de creación del ACR.

En ese sentido, el proceso de consulta previa en la creación de un ACR implicará que el GORE considere todos los usos y costumbres de los pueblos indígenas, quienes como se sabe tienen derechos sobre la tierra que poseen conforme al Convenio 169 de la OIT, que se encuentran en el área proyectada como ANP para que al momento de establecer los usos en el Plan Maestro, a través de la zonificación, no coalicionen. Asimismo, garantiza que el Estado se acerque a los pueblos indígenas y que sea este quien deberá facilitar el canal de comunicación para una efectiva comunicación y escucha de ambas partes.

Por lo tanto, el proceso de consulta previa asegura que el Estado cumpla con la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tanto así que el GORE es quien deberá acercarse para que se pueda llevar a cabo el proceso.

3.2. Conflictos entre la creación de áreas naturales protegidas y el derecho a la consulta previa

3.2.1. Efectos jurídicos de la creación de un ACR vs. los pueblos indígenas

El efecto jurídico más relevante de la creación de un ACR es la imposición de una zonificación, de acuerdo al artículo 60 del Reglamento de la Ley de ANP, delimita las actividades que se pueden realizar en cada zona del ACR a fin de cumplir con los objetivos del área plasmados en el Plan Maestro de esta.

Conforme al artículo 23° de la Ley de ANP, las zonas que se pueden establecer en un ACR son:

- a) *Zona de Protección Estricta (PE): En estas Zonas sólo se permiten actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica.*
- b) *Zona Silvestre (S): En estas zonas es posible, además de las actividades de administración y control, la investigación científica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizados.*
- c) *Zona de Uso Turístico y Recreativo (T): En estas zonas se permite el desarrollo de actividades educativas y de investigación, así como infraestructura de servicios necesarios para el acceso, estadía y disfrute de los visitantes, incluyendo rutas de acceso carrozables, albergues y uso de vehículos motorizados.*
- d) *Zona de Aprovechamiento Directo (AD): En estas zonas se permite actividades para la educación, investigación y recreación. Las Zonas de Aprovechamiento Directo sólo podrán ser establecidas en áreas clasificadas como de uso directo, de acuerdo al artículo 21 de la presente Ley.*
- e) *Zona de uso Especial (UE): Espacios ocupados por asentamientos humanos preexistentes al establecimiento del Área Natural Protegida, o en los que por situaciones especiales, ocurre algún tipo de uso agrícola, pecuario, agrosilvopastoril u otras actividades que implican la transformación del ecosistema original.*
- f) *Zona de Recuperación (REC): Zona transitoria, aplicable a ámbitos que por causas naturales o intervención humana, han sufrido daños importantes y requieren un manejo especial para recuperar su calidad y estabilidad ambiental, y asignarle la zonificación que corresponde a su naturaleza.*
- g) *Zona Histórico-Cultural (HC): En estas zonas se promoverán en dichas áreas la investigación, actividades educativas y uso recreativo, en relación a sus valores culturales.*

Como se puede apreciar en cada zona están permitidas determinadas actividades que no necesariamente serán compatibles con derechos anteriores a la creación de la misma. Por lo tanto, se deberá armonizar ello.

Además, una vez instaurada el ACR con las diferentes zonas esta ANP adoptará diversas medidas de prevención para que se respete la zonificación con la finalidad de evitar daños en el ANP.

Sin embargo, es de conocimiento público que los pueblos indígenas realizan actividades como pesca, caza, agricultura y ganadería en el territorio en el que habitan a fin de satisfacer sus necesidades. En suma, se debe considerar que dichas actividades han sido ejecutadas a lo largo del tiempo en el espacio que consideran adecuado para ello, ejerciendo de esta forma su derecho de libre autodeterminación.

En consecuencia, al momento del establecer un ACR sin el proceso de consulta previa correspondiente se obtiene como resultado un choque entre la conservación y las actividades que ancestralmente han sido ejecutadas en dicha área por los pueblos indígenas, ya que estos se van que modificar las actividades que realizan de acuerdo a lo que señale el plan maestro del área. Ello implica un claro recorte a sus derechos fundamentales los cuales son reconocidos por el Estado, el mismo que tiene como obligación la protección de estos.

3.2.2. Implícita afectación directa positiva de la creación del ACR

En este caso, la lógica que tiene el Estado detrás de la creación de un ACR es proteger el área y por ende proteger lo que exista en ella, lo cual involucraría la existencia de un pueblo indígena.

Este representa el principal problema en relación las ANP y la consulta previa, ya que para definir que una medida es positiva o negativa se parte de una vista occidental para considerar que significan estos conceptos para los pueblos indígenas.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado sobre ello en la Sentencia C-038 de 2008 indicando que el proceso de consulta previa es

la vía por la cual se conocerá si la medida a implementar es positiva o negativa¹⁹. Ello implica que el Estado no se puede irrogar la potestad de determinar lo bueno o lo malo para estos pueblos, ya que ellos tienen plena capacidad para definirlo.

Lo anterior, se corresponde a lo dispuesto en el artículo 7° del Convenio 169 “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades”, como se puede apreciar no se indica en ningún momento que solo se realizará la consulta previa sobre medidas negativas, pues la OIT entiende que estos son quienes deberán expresar libremente sus deseos.

Incluso ha desarrollado lo descrito posteriormente en la Sentencia T-201/17, en la cual señaló lo siguiente:

“87. Pues bien, el malestar de la comunidad radica en que con el Programa de Atención Infantil se están **causando afectaciones a sus derechos étnicos y culturales**, puesto que se están implementado prestaciones que presuntamente **no cumplen con aquellos lineamientos constitucionales, legales y reglamentarios, que obligan a la entidad a aproximarse a dichas comunidades bajo un enfoque diferencial**. Alegan que, entre otros asuntos, la alimentación y **educación que se les está ofreciendo no es la adecuada puesto que es la misma a la del común de la sociedad**. Y en ello les asiste la razón.”²⁰ (Énfasis agregado)

En ese sentido, la Corte reconoce que lo que el Estado considera que es correcto, en atención a proteger sus derechos fundamentales de salud y educación, es contrario a lo que el pueblo indígena quiere, ya que al no haberse

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
2008 Sentencia C-030/08. Consulta: 05 de noviembre de 2018.
Link: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm>

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
2008 Sentencia T-201/17. Consulta: 05 de noviembre de 2018.
Link: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-201-17.htm>

realizado el proceso de consulta previa no se conoce que es lo que realmente desean que el Estado ejecute en beneficio de ellos.

Considerando lo expuesto, en este caso, es claro que (i) los únicos que tienen la capacidad de decidir lo que se debería realizar, de acuerdo a la zonificación, en su territorio son los pueblos indígenas y (ii) que si bien el proceso de consulta previa no concede el derecho de veto, es el mecanismo adecuado para armonizar la conservación del ACR con los derechos fundamentales que tienen los pueblos indígenas que se encuentran en esta.

3.3. Implicancias jurídicas de no haber realizado el procedimiento de consulta previa en relación a la creación de un ACR

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, se ha pronunciado sobre casos en los cuales no se había realizado el proceso de consulta previa, a pesar de ser necesarios, y la consecuencia jurídica de ello:

a) Sentencia recaída en el Expediente N° 05427-PC/TC del 30 de junio de 2010

En esta sentencia la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) interpuso una acción de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) para que aplique la Consulta Previa al momento de otorgar títulos habilitantes.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó al MINEM establecer un procedimiento para viabilizar el proceso de consulta previa.

b) Aclaración de la Sentencia recaída en el Expediente N° 05427-PC/TC del 24 de agosto de 2010

En esta aclaración el Tribunal Constitucional señaló que el Convenio 169 de la OIT es válido desde el año 1995; sin embargo, su eficacia resulta dificultosa para los organismos del Estado porque se ha omitido el desarrollo normativo correspondiente. Esta situación genera inseguridad jurídica tanto para los pueblos

indígenas como para aquellas empresas que han desarrollado actividades a raíz de haber obtenido un título habilitante para ello.

Por ello, el Tribunal Constitucional consideró que, en pro de no generar mayores perjuicios que beneficios, todas aquellas actividades que han sido autorizadas previamente a la emisión de esta sentencia sin haber realizado un proceso de consulta previa no podrán ser restringidas. Ello, pues el hecho que no haya ocurrido tal proceso no es competencia del particular sino del Estado.

c) Sentencia recaída en el Expediente N° 0022-2009-PI del 09 de junio de 2010

Esta sentencia versa sobre una acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos contra el Decreto Legislativo 1089 que establece el régimen temporal de formalización y titulación de predios rurales, pues no se ha llevado a cabo el proceso de consulta previa para la emisión de esta norma.

El Tribunal Constitucional desarrolla los principios generales que se establecieron en el convenio de la OIT, y que están recogido en el artículo 4 de la LCP, para determinar una pauta en relación a como debe ser ejecutado el proceso la consulta previa.

Cabe recalcar que esta sentencia tampoco desconoce la vigencia del Convenio 169, pero desarrolla sus principios para que puedan ser una guía en la aplicación de este proceso.

d) Sentencia recaída en el Expediente N° 06316-2008-PA/TC del 11 de noviembre de 2009

Esta sentencia versa sobre una acción de amparo interpuesta por AIDSESEP, en representación de los pueblos en situación de aislamiento, contra los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en los Lotes 63 y 69.

En relación a este caso el Tribunal Constitucional señaló que las empresas al firmar los contratos habían realizado actos de buena fe, los cuales otorgaban seguridad jurídica y confianza legítima sobre la actuación del Estado.

En consecuencia, determinó que el proceso de consulta previa debe realizarse de forma progresiva, tomando en cuenta el principio de flexibilidad del convenio.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional siempre ha señalado que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente en nuestro ordenamiento desde el año 1995 y que en caso exista colisión con algún derecho de tercero no podrá ser afectado por la inacción del Estado en relación a la reglamentación del proceso de consulta previa.

Cabe señalar que el tribunal no se ha pronunciado en relación a la creación de un ANP que no haya considerado el proceso de consulta previa para su establecimiento. Sin embargo, se puede inferir que el razonamiento para este caso debería ser el mismo, toda vez que una interpretación diferente resultaría contradictorio con todo lo sostenido en las referidas sentencias.

Por lo tanto, de acuerdo a lo desarrollado, posteriormente a una ponderación de derechos, para el Tribunal Constitucional no existe una consecuencia jurídica diferente a mantener el status quo en caso de no haberse realizado el proceso de consulta previa antes del año 2009.

Sin embargo, discrepo con el Tribunal Constitucional en relación a la consecuencia jurídica de no haber realizado el proceso de consulta previa en general para cualquier procedimiento que lo requiera. Considero que este proceso tiene dos importantes aristas que no han sido consideradas (i) la finalidad del proceso de consulta previa; y, (ii) la vigencia y aplicación de las normas en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, la finalidad del proceso de consulta previa no ha sido correctamente analizada por el tribunal; ya que no ha considerado que este proceso es un derecho fundamental que busca la protección de los derechos de los pueblos indígenas, conforme a lo señalado en el numeral 3.1 del presente documento, ello implica el respeto a la autonomía de los pueblos y su libre determinación.

Por ende, cualquier medida que afecte su autonomía y libre determinación deberá ser consultada, más aún en el caso del establecimiento de un ACR que implica la restricción de actividades conforme a la zonificación del área.

En segundo lugar, no se ha analizado de forma correcta la vigencia y aplicación de normas en el tiempo, conforme al artículo 103 de la Constitución desde la entrada en vigencia de una ley, esa debe aplicarse. En este caso, el proceso de consulta previa es un derecho fundamental que es forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 2 de febrero de 1995.

En relación a ello, cabe resaltar que el hecho que no exista una forma de ejecutar la obligación de realizar el proceso de consulta previa, no implica que el cumplimiento de esta obligación no sea exigible al Estado.

En general, la aplicación de una obligación legal no puede ser evadida en base a la inexistencia de una forma de ejecución, sino se entendería que toda obligación que necesite un reglamento no podrá ejecutarse hasta la publicación del mismo.

Un ejemplo claro de ello es la Ley del SEIA y su Reglamento, la ley fue publicada en el año 2001 y su reglamento en el año 2009. Si bien durante ocho años no existió una reglamentación de esta norma, ello no implicaba que se paralicen los proyectos o que estos no presenten el IGA, todo lo contrario dichos proyectos debían seguir ejecutándose y dar cumplimiento a la obligación de contar con un IGA que sería evaluado por la autoridad competente.

Además, de lo descrito se puede inferir que existía un vacío legal frente a la aplicación de la obligación de consulta previa, pues conforme a lo desarrollado por Marcial Rubio, en este caso “de no recibir una respuesta jurídica, generaría una consecuencia que agravia los principios generales del Derecho²¹”, es decir la vulneración al derecho que tienen los pueblo indígenas de ser consultados.

²¹ RUBIO CORREA, Marcial
2009 *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Por este motivo, a pesar de existir motivos razonables para que el Tribunal Constitucional haya sostenido lo descrito previamente, considero que al establecer un ACR sin haber realizado el proceso de consulta previa tiene como consecuencia jurídica la nulidad de la norma, por contravenir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales.

3.3.1. Inobservancia del principio *iura novit curia* y el bloque de constitucionalidad

En primer lugar, conforme al artículo 55° de la Constitución “*los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*”, ello quiere decir que el Convenio 169 de la OIT formó parte de nuestro ordenamiento desde el 2 de febrero de 1995 y que su aplicación debió ser inmediata, ya que forma parte del bloque de constitucionalidad junto con todas las normas y principios de nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que “*el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente*”, lo cual implica que el Tribunal Constitucional, como conoce el derecho, siempre deberá aplicar este así no sea invocado por las partes en pro de mantener el ordenamiento jurídico.

En los casos desarrollados, el Tribunal Constitucional no considerado lo descrito en este apartado y simplemente ha determinado que es más beneficio que no se aplique este Convenio para las actuaciones que se han realizado, sin aplicar de manera correcta la protección a los derechos fundamentales, especialmente en estos casos que son comunidades históricamente desprotegidas y vulneradas por el Estado; así como la doctrina y jurisprudencia en relación al derecho a la consulta previa.

3.3.2. Inobservancia de la nulidad de las normas

En relación a estos casos, el Tribunal Constitucional tampoco ha realizado el análisis correspondiente en relación a que elementos pueden causar la nulidad de las normas o un acto administrativo, para ello a continuación algunos artículos de la Constitución:

*“Artículo 38°.- **Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.***

*Artículo 45°.- **El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.***

*Artículo 51°.- **La Constitución prevalece sobre toda norma legal;** la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.” (Énfasis Agregado)*

Los referidos artículos nos recuerdan que el Tribunal Constitucional tiene la obligación de defender lo dispuesto en la Constitución, ello más aun siendo el órgano del estado que interpreta de forma final lo dispuesta en esta. Además, que la Constitución primara sobre toda norma inferior, llámese Ley, Decreto Supremo o cualquier acto administrativo del Estado.

En los casos descritos, se puede apreciar que el Tribunal Constitucional no ha tomado en cuenta lo descrito y solo ha realizado un análisis superficial de las afectaciones, sin considerar que todas las normas que se han dispuesto sin realizar el proceso de consulta previa aplicable, de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, son nulos porque contravienen nuestra carta magna que prevalece frente a cualquier otra norma.

Finalmente, el Tribunal Constitucional inobservó que de acuerdo al Código Civil las normas son conocidas por todos las personas desde su publicación; es decir que aquellos inversionistas que firmaron contratos con el Estado y el

mismo Estado tenían conocimiento que la vigencia del Convenio 169 de la OIT fue desde el 2 de febrero de 1995. Por ello, es incoherente que se blindan estos actos administrativos considerando la buena fe y la seguridad jurídica, ya que ninguno de estos principios fue realmente afectado.

4. EL CONFLICTO DE LA CONSERVACIÓN DEL ÁREA DE CONSERVACIÓN REGIONAL CORDILLERA ESCALERA Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE CONSULTA PREVIA

4.1. La finalidad de la creación del ACR Cordillera Escalera

El Decreto Supremo N° 045-2005-AG, que establece la creación del ACR Cordillera Escalera, describe una serie de características que sustentan la creación de esta. A continuación, aquellas que tienen mayor importancia en el área:

- i. Es una zona prioritaria para la conservación de mamíferos, anfibios, reptiles y aves ya que alberga especies de distribución muy restringida.
- ii. Existe gran riqueza paisajística.
- iii. El establecimiento de esta ACR permitirá garantizar el mantenimiento de los actuales servicios ambientales para las ciudades de Tarapoto y Lamas.

Por tanto, considerando las características expuestas, se puede afirmar que la evaluación realizada para constituir el ACR Cordillera Escalera analiza de forma correcta los diversos servicios ecosistémicos que brinda a la población. La conservación de estos servicios ecosistémicos hace posible que las personas que viven en las ciudades de Tarapoto y Lamas puedan gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida digna²².

Asimismo, el establecimiento del ACR Cordillera Escalera busca tutelar el derecho a la salud y bienestar²³, pues este guarda estrecha relación a las condiciones de vida que

²² El desarrollo a un vida digna se encuentra tutelado en el artículo 1 de la Constitución y el derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado en el numeral 22 del artículo 2 de la misma referencia.

²³ El derecho al bienestar se encuentra tutelado en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución y el derecho a la salud en el artículo 7 de la misma referencia.

tienen las personas para desarrollarse. Un ejemplo claro de ello es que un área con aire menos contaminado tendrá un índice menor de enfermedades virales.

En suma, el establecimiento del ACR Cordillera Escalera garantiza que las necesidades de la población que habita este lugar y de los próximos habitantes estarán de alguna forma garantizadas en pro del desarrollo sostenible del área²⁴.

Asimismo, permitirá que las especies de fauna y flora que se encuentran en esta zona, muchas de ellas en peligro de extinción acorde al Decreto Supremo²⁵, y que las comunidades nativas²⁶ que se encuentran cerca puedan seguir disfrutando de los recursos conforme a sus creencias y costumbres ancestrales.

Por consiguiente, al establecer el ACR Cordillera Escalera se garantiza indirectamente la tutela de los derechos desarrollados líneas arriba y ello guarda relación con la naturaleza jurídica que tiene el establecimiento de un ACR.

Cabe resaltar que la creación del área solo menciona algunas comunidades que viven a los alrededores del área, pero no considera algunas medidas especiales o evalúa el hecho que existen pueblos indígenas al interior del área quienes se han establecido en estas desde mucho tiempo atrás.

4.2. Las comunidades indígenas relacionadas al ACR

²⁴ El desarrollo sostenible es un principio del Derecho Ambiental que se establece en el artículo V del título preliminar de la Ley General del Ambiente, aprobada por Ley N° 28611.

²⁵ En los considerandos del Decreto Supremo que aprueba el ACR Cordillera Escalera se indica que se han registrado especies las siguientes Especies en Peligro (EN): *Tremarctus ornatus* "Oso de anteojos", *Aulacorhynchus huallagae* "tucancito semiamarillo", *Grallaricula ochraceifrons* "tororoi frentiocrácea", *Herpsilochmus parkeri* "hormiguerito gargaticeniza", *Vultur gryphus* "cóndor andino", *Xenoglaux loweryi* "Lechucita bigotona"; especies Vulnerables (VU), tales como: *Heliangelus regalis* "Angel del sol azul", *Lagothrix lagotricha* "mono choro común", *Tapirus terrestris* "Sachavaca", *Ara militaris* "guacamayo verde", *Hemispingus rufosuperciliaris* "hemispingo cejirrufa", *Netta erythrophthalma* "pato cabeza castaña", *Wetmorethraupis sterrhopteron* "tangara gargantinaranja"; así como especies Casi Amenazadas (NT), tales como Puma concolor "puma", *Andigema hypoglauca* "tucaneta", *Hemitriccus cinnamomeipectus* "atrapamoscas" y *Henicorhina leucoptera* "cucarachero".

Asimismo, presenta una gran riqueza paisajística donde resaltaban diversas cataratas de singular belleza como el Ahuashiyacu, Lágrimas de la Novia, Huacamaillo, Turuntunumba y Shanusi, aguas termales como las de San José; y restos arqueológicos como los Petroglifos de Polish, encontrándose rodeada por poblaciones indígenas, quechuas lamistas, challahuitas, mestizas y colonas.

²⁶ Las comunidades nativas que habitan en esta zona son las Tituladas del Bajo Mayo y Huallaga Central.

Existen diversas comunidades que tiene una relación de dependencia con los recursos que se encuentran en ACR Cordillera Escalera. Sin embargo, de los datos recogidos se han afectado principalmente a tres Comunidades Kechwas: Nuevo Lamas de Shapaj, Alto Pucalpillou y Mshkiyakillou²⁷.

Las actividades de mayor relevancia que realizan estas comunidades para poder sobrevivir son: la caza de animales, sean de río o terrestres; la agricultura; y, el uso de los recursos de flora para satisfacer sus necesidades de salud, pues utilizan este recurso para poder elaborar medicinas artesanales.

Ello, implica que las referidas comunidades extraen recursos del ACR Cordillera Escalera como parte de su estilo de vida y con el fin de satisfacer necesidades primarias, como alimentación, salud, entre otras. En ese sentido, la relación que tienen con el ACR Cordillera Escalera cobra vital importancia, pues la subsistencia de estas comunidades depende de los recursos que extraigan de estas.

4.3. El proceso de consulta previa en el caso del ACR Cordillera Escalera

Conforme al expediente de creación del ACR Cordillera Escalera de fecha 25 de agosto de 2010, no se identificó que existían 8 comunidades nativas reconocidas del grupo etnolingüístico de los Kewchwas-Lamas que estaban ubicadas en el territorio en el cual se iba a establecer esta ACR.

Asimismo, se identificó que las actividades que realizaban estas comunidades para satisfacer sus necesidades era pesca, caza, recolección y agropecuaria. Cabe recalcar que cuentan con charas para autoconsumo y otras para producir cultivos comerciales, que posteriormente se venden y obtienen dinero para la compra de otros insumos o productos necesarios para su día a día.

²⁷ MENESES, Álvaro
2018 Los kichwas de San Martín: las comunidades indígenas que piden permiso para vivir. Wayka.pe. fecha: 7 de setiembre 2018.

Por lo tanto, se puede comprender que los pueblos indígenas tenían dominio del territorio en el cual se encontraban y; por ello, lo administraban de la forma más conveniente para la satisfacción de sus necesidades.

Sin embargo, a pesar de que en el expediente se había identificado con claridad que en el área en la cual se iba a establecer el ACR Cordillera Escalera existían pueblos indígenas que tenían derecho a ser consultados, ello no fue respetado y se procedió a crear “Cordillera Escalera”.

Cabe precisar que la única acción que se realizó fue comentarles que se tenía planificada la creación de esta ACR, lo cual definitivamente no constituye un proceso de consulta previa tal cual se ha descrito en el apartado 2 de este documento.

4.4. Principales conflictos entre la protección del ACR y las comunidades

A raíz de la creación del ACR Cordillera Escalera han surgido diversos conflictos entre las comunidades mencionadas en el capítulo anterior y el GORE de San Martín, pues la nueva categoría del área genera que se limiten las actividades que se pueden realizar en el ACR, conforme a la recopilación de testimonios realizado por Meneses²⁸.

a) Alto Pucalpillo

En relación a esta comunidad, el conflicto que ha ocurrido es por la intervención desproporcional realizada por los guardabosques en pro de cumplir con los requerimientos y la finalidad del ACR Cordillera Escalera.

Uno de los casos más icónicos fue el narrado por Gerardo Sangama, vicepresidente de la comunidad de Alto Pucalpillo, este conto que los guardabosques les impedían cazar las carachameras (peces de río) y, en suma, quemaron las viviendas (tambos) en las que vivían él y su familia. No contentos con ello, los denunciaron ante el Ministerio Público por haber “destrozado un monte virgen”, pero lo que indicó fue que este era una purma (bosques secundarios).

²⁸ Ídem

En consecuencia, es una comunidad que ha sido desalojada de su territorio en pro de la supuesta protección del ACR Cordillera Escalera.

b) Mishkiyakullu

En relación a esta comunidad, el conflicto ocurrió porque en caso desearan ir a cazar en el ACR Cordillera Escalera, el GORE de San Martín debía emitir una Resolución en la que se autorice a esa comunidad para cazar determinadas especie de animales. Dicha resolución tiene una duración de tres meses y con quince días de anticipación, por lo cual necesita una renovación constante

Lo que ocurría era que los guardabosques siempre solicitaban a las personas de la comunidad la Resolución y en caso hayas cazado una especie diferente a la indicada en la Resolución o si el número de personas que realizaban la actividad no coincidían podían decomisarte las especies e impedirte el ingreso respectivamente.

c) Nuevo Lamas de Shapaja

En relación a esta comunidad, el conflicto surgió porque el GORE de San Martín no permitía que la comunidad titule sus terrenos, ante esta situación ellos señalan que “es como vivir en alquiler en su mismo territorio”. Ello, pues, al igual que en el caso de las otras comunidades anteriormente mencionadas, se sentían limitados para poder realizar sus actividades.

Por este motivo, interpusieron una acción de amparo pidiendo la suspensión del ACR Cordillera Escalera porque se ha vulnerado su derecho a consulta previa y las consecuencias de ello es que actualmente no pueden continuar con sus actividades.

4.5. Situación Actual

Actualmente, la acción de amparo interpuesta por la comunidad Lamas de Shapaja continúa en curso, en la cual solicitan, como ya hemos mencionado, la suspensión del ACR, hasta que se realice un proceso de consulta previa y que se titulen las tierras a su nombre.

El GORE de San Martín lo que sostiene es que el hecho que se suspenda el ACR Cordillera Escalera es una puerta a que se puedan realizar actividades extractivas en esta zona, como la de extracción de hidrocarburos, pues actualmente existe un contrato vigente entre OXY y REPSOL con PERUPETRO para explorar y explotar en Lote 103 a fin de extraer hidrocarburos.

En ese sentido, se tiene claro que si bien ambas posiciones son válidas, no implica que no se pueda llegar a un punto medio, en especial porque estamos frente a la vulneración de un derecho fundamental que encuentra fundamento en un tratado internacional firmado por el Estado, como lo es el derecho a consulta previa.

5. LA CONSULTA PREVIA Y LOS APORTES PARA LA GESTIÓN DE LAS AREAS DE CONSERVACIÓN REGIONAL

Lastimosamente el Estado al buscar salidas “fáciles”, como en el caso de la ACR Cordillera Escalera, no considero los increíbles aportes que pueden generarse a través del proceso de consulta previa en pro de la gestión eficiente y adecuada de las ANP.

En el proceso de consulta previa que se debió realizar con los pueblos indígenas que se encuentran en el ACR Cordillera Escalera se hubieran podido resolver inquietudes, establecer un proceso de aprendizaje y una repartición de tareas, contrario a lo que ha ocurrido en la actualidad el recorte de todos los derechos que son inherentes a ellos.

Actualmente, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas que viven en el ACR Cordillera Escalera continúa siendo vulnerado, puesto que a pesar de la forma en la que están viviendo aún el Estado continúa sin realizar el proceso correspondiente.

La solución a esta vulneración a sus derechos, como bien se ha descrito en el apartado 5.5 del presente documento, es interponer un recurso de amparo a fin de que se declare la nulidad del Decreto Supremo 045-2015-AG que creo el ACR Cordillera Escalera y que se realice el proceso de consulta previa correspondiente.

Cabe precisar que el recurso de amparo es *“un proceso constitucional autónomo de tutela de urgencia de derechos fundamentales, distintos a la libertad individual, y cuyo fin es reponer*

a la persona en el ejercicio del derecho ius-fundamental amenazado o vulnerado producto de «actos lesivos» perpetrados por alguna autoridad, funcionario o persona”²⁹.

Al respecto, conforme al artículo 2° del Código Procesal Constitucional Peruano, este recurso tiene como finalidad la protección de derechos fundamentales, los mismos que por su condición merecen una tutela especial de urgencia; tan es así que agotada la vía ordinaria y no visto habiéndose satisfecho la protección al derecho fundamental protegido, el demandante puede interponer la demanda ante el Tribunal Constitucional.

Además, se deberá considerar que el recurso de amparo “*procede cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. **Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización**”* (Énfasis Agregado), situación en la que se encuentran estos pueblos indígenas.

Por lo tanto, a fin de satisfacer la protección a su derecho fundamental de consulta previa considero que los pueblos indígenas deberán continuar la demanda interpuesta en la vía ordinaria y en caso no sea satisfecho su interponer la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Además, el Estado debería considerar lo desarrollado en los textos de Jéssica Solorzano “El aprovechamiento de los bienes comunes en los bosques amazónicos - Impactos económicos, sociales y culturales de la creación y funcionamiento de áreas protegidas en dos paisajes amazónicos fronterizos”³⁰ y de Martha Coronel Cisneros “Los guardianas del bosque amazónico - La importancia ecológica, social y cultural de los pueblos indígenas y las comunidades locales para la conservación de las áreas protegidas”³¹, ya que para la creación

²⁹ CRUZ, Eto
2013 *El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo. En Pensamiento Constitucional. Lima: Pensamiento Constitucional N°18, pp. 147.*

³⁰ SOLORZANO ORELLANA, Jessica
2017 *El aprovechamiento de los bienes comunes en los bosques amazónicos - Impactos económicos, sociales y culturales de la creación y funcionamiento de áreas protegidas en dos paisajes amazónicos fronterizos. Lima: Oficina Regional para Americana del Sur de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, Quito, Ecuador en colaboración con REDPARQUES, FAO, ONU Medio Ambiente y Unión Europea.*

³¹ CORONEL CISNEROS, Martha
2017 *Los guardianas del bosque amazónico - La importancia ecológica, social y cultural de los pueblos indígenas y las comunidades locales para la conservación de las áreas protegidas. Lima: Oficina Regional para Americana del*

de una ANP se deberá comprender la conexión que tienen los pueblos indígenas con las zonas en las que habitan, ya que en definitiva la creación de esta puede significar una afectación a su forma de vida. Por ejemplo, en caso se desee crear una ACR se deberá estudiar la zona en la que se va a establecer y aprender de los pueblos indígenas que habitan en esta área, pues quien más que ellos para conocer de forma certera lo que existe en estas zonas, desde flora, fauna, hasta caminos de entrada y salida.

Por lo tanto, un trabajo en conjunto con ellos daría como resultado lo siguiente: (i) gestiones de monitoreo de especies y biodiversidad, (ii) guardabosques de facto, (iii) apoyo en la conservación del área para que sean sostenibles en aprovechamiento a lo largo del tiempo y (iv) guías turísticas que conocen los mejores paisajes del área.

En suma, se debería considerar el que el derecho a la consulta previa, de acuerdo al artículo 34 del Convenio 169 de la OIT, es de aplicación flexible considerando las características propias del país, lo cual da como resultado que se pueda realizar dicha consulta en distintos momentos y no solo. Por ejemplo, para la creación del ACR, sino al establecer la gestión de esta área a fin de generar un respeto por sus derechos y un verdadero trabajo en conjunto, lo cual disminuye las posibilidades de conflictos sociales.

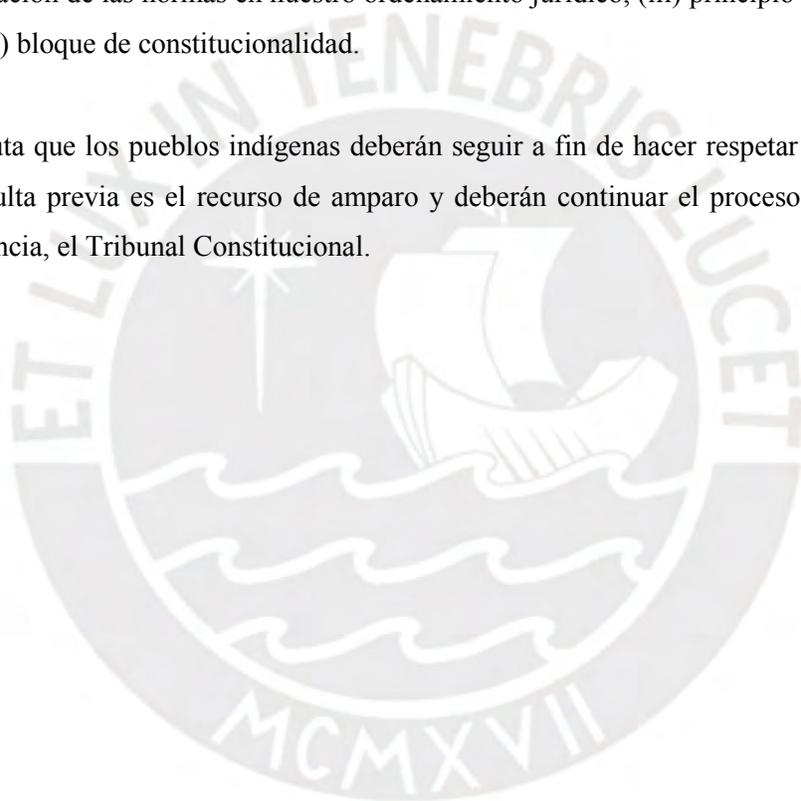
En consecuencia, el Estado deber respetar el proceso de consulta previa y buscar realizar un trabajo conjunto y no entrar en discusiones con los pueblos indígenas que habitan el área, ya que ello solo traería mayores complicaciones a futuro.

6. CONCLUSIONES

- La afectación de una medida puede tener una dimensión negativa o positiva de acuerdo a los efectos que puedan desprenderse de esta en relación al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
- Al momento de establecer un ACR sin el proceso de consulta previa correspondiente se obtiene como resultado un choque entre la conservación y las actividades que

ancestralmente han sido ejecutadas en dicha área por los pueblos indígenas por las medidas que se imponen a fin de proteger el área.

- El Estado no puede irrogarse la potestad de determinar qué es “lo bueno o lo malo” para estos pueblos, ya que ellos tienen plena capacidad para definirlo y pensar lo contrario es vulnerar su derecho a la libre determinación.
- Se debería declarar nulas las resoluciones que se emitieron sin realizar consulta previa porque vulneran: (i) la finalidad del proceso de consulta previa; (ii) la vigencia y aplicación de las normas en nuestro ordenamiento jurídico, (iii) principio iura novit curia, el (iv) bloque de constitucionalidad.
- La ruta que los pueblos indígenas deberán seguir a fin de hacer respetar su derecho a la consulta previa es el recurso de amparo y deberán continuar el proceso hasta la última instancia, el Tribunal Constitucional.



7. BIBLIOGRAFÍA

1. JARA, Humberto
1984 Clasificación de los Bienes. Tesis presentada para optar el grado de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
2. PODER EJECUTIVO
1991 Decreto Legislativo N° 757. Dictan Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada. Lima, 13 de mayo.
3. NACIONES UNIDAS
1992 Declaración sobre el medio ambiente y el desarrollo. Río de Janeiro, 14 de junio.
4. CONGRESO DE LA REPÚBLICA
1993 Constitución Política del Perú. Lima, 29 de diciembre.
5. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS
1969 Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, 22 de noviembre.
6. CONGRESO DE LA REPÚBLICA
1997 Ley N° 26834. Ley de Áreas Naturales Protegidas. Lima, 4 de julio.
7. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
1998 Sentencia del C-126 del Expediente D-1794 del 1 de abril 1998.
8. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2002 Expediente N° 0016-2002-AI/TC. Sentencia: 30 de abril del 2003.
9. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2002 Expediente N° 009-2001-AI/TC. Sentencia: 29 de enero del 2002.
10. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2003 Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Sentencia: 11 de noviembre de 2003
11. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2003 Expediente N° 005-2003-AI/TC. Sentencia: 3 de octubre del 2003.
12. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2003 Expediente N° 3510-2003-AA/TC. Sentencia: 11 de abril de 2005
13. Organización Internacional del Trabajo
2003 Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual - proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Francia. Consulta: 05 de noviembre de 2018. Link: http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf
14. CONGRESO DE LA REPÚBLICA
2004 Ley N° 28327. Código Procesal Constitucional. Lima, 28 de mayo.
15. MINISTERIO DE AGRICULTURA
2005 Decreto Supremo N° 045-2005-AG. Lima, 25 de diciembre.
16. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2005 Pleno Jurisdiccional N° 0048-2004-AI/TC. Sentencia: 1 de abril de 2005.
17. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2007 Expediente N° 01206-2005-AA/TC. Sentencia: 20 de abril de 2007.
18. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2007 Expediente N° 4223-2006-PA/TC. Sentencia: 02 de junio de 2007
19. PODER EJECUTIVO
2008 Decreto Legislativo N° 1013. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. Lima, 14 de mayo.

20. LANEGRA, Iván
2008 *El derecho ambiental: conceptos y tareas*. En Themis. *Themis* 56. Lima: Themis, pp. 7-22.
21. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2008 Expediente N° 03610-2008-PA/TC. Sentencia: 27 de agosto 2008.
22. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
2008 Sentencia C-030/08. Consulta: 05 de noviembre de 2018. Link: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm>
23. Kresalja, Baldo y Ochoa, César.
2009 *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 333.
24. RUBIO CORREA, Marcial
2009 *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.
25. CRUZ, Eto
2013 *El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo*. En *Pensamiento Constitucional*. Lima: Pensamiento Constitucional N°18, pp. 147.
26. ANDALUZ, Carlos
2013 *Manual de Derecho Ambiental*. 4ta edición. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL, pp. 270.
27. ANDALUZ, Carlos
2013 *Manual de Derecho Ambiental*. 4ta edición. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL, pp. 680-612.
28. Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – SERNANP

- 2013 Documento de Trabajo: Áreas de Conservación Regional. SERNANP.
Fecha de consulta: 10 de octubre de 2018. Link:
<http://www.sernanp.gob.pe/documents/10181/147284/5+Doc+Trabajo+Areas+de+Conservacion+Regional+%281%29.pdf/ea712fc6-7e14-459c-b281-06007aa7aa02>
29. MINISTERIO DE CULTURA
- 2016 Derechos Colectivos De Los Pueblos Indígenas U Originarios. Lima, pp: 53. Consulta: 05 de noviembre de 2018. Link:
<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/derechos-colectivos.pdf>
30. COOPERACIÓN ALEMANA
- 2016 *La Implementación del Derecho a la Consulta Previa en Perú*. Lima: Cooperación Alemana, pp 8.
31. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
- 2017 Sentencia T-201/17. Consulta: 05 de noviembre de 2018. Link:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-201-17.htm>
32. CORONEL CISNEROS, Martha
- 2017 Los guardianas del bosque amazónico - La importancia ecológica, social y cultural de los pueblos indígenas y las comunidades locales para la conservación de las áreas protegidas. Lima: Oficina Regional para Americana del Sur de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, Quito, Ecuador en colaboración con REDPARQUES, FAO, ONU Medio Ambiente y Unión Europea.
33. SOLORZANO ORELLANA, Jessica
- 2017 El aprovechamiento de los bienes comunes en los bosques amazónicos - Impactos económicos, sociales y culturales de la creación y funcionamiento de áreas protegidas en dos paisajes amazónicos fronterizos. Lima: Oficina Regional para Americana del Sur de la Unión Internacional para la

Conservación de la Naturaleza, Quito, Ecuador en colaboración con REDPARQUES, FAO, ONU Medio Ambiente y Unión Europea.

34. DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2017 Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa - Incluye experiencias de instituciones invitadas de Argentina, Brasil y Guatemala. Lima, pp 9. Consulta: 05 de noviembre de 2018. Link: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Libro-Buenas-practicas-defensoriales-en-consulta-previa-2017.pdf>

35. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2017 Opinión Consultiva OC-23/17. San Jose, 15 de noviembre.

36. MENESES, Álvaro

2018 Los kichwas de San Martín: las comunidades indígenas que piden permiso para vivir. Wayka.pe. fecha: 7 de setiembre 2018.

