

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre Resolución N.º 28 de fecha 27 de febrero de 2019, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que presenta:

Katherine Lisett Carbajal Montes

ASESOR:
Martha Inés Aldana Durán

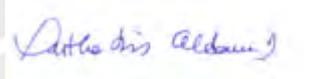
Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, MARTHA INES ALDANA DURAN, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado **“Informe Jurídico sobre Resolución N°28 de fecha 27 de febrero de 2019, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios”**, de la autora KATHERINE LISETT CARBAJAL MONTES, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 12 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: MARTHA INES ALDANA DURAN	
DNI: 25680829	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8795-1631	

RESUMEN

El presente informe es un análisis procesal y de fondo respecto de la Resolución n.º 28 de fecha 27 de febrero de 2019, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre Dios. Dicha resolución declaró la nulidad de una serie de actos administrativos expedidos en favor de terceros, relacionados a concesiones mineras, licencias de uso de agua y predios agrícolas, ubicados dentro de la tierra de la Comunidad Nativa Tres Islas.

En primer lugar, en el ámbito procesal, se analiza si el proceso de amparo es la vía idónea para solicitar y declarar la nulidad de los actos administrativos otorgados en favor de terceros ajenos a la comunidad indígena. Asimismo, se aborda el derecho a la consulta previa y si constituye fundamento para declarar la nulidad de las concesiones mineras, licencias de uso de agua y predios agrícolas.

Se considera que, en la presente controversia, el proceso de amparo no es la vía idónea para analizar la nulidad de los actos administrativos objeto de la demanda y que esta, a su vez, debió ser declarada improcedente. Adicionalmente, en cuanto al fondo, sí se está de acuerdo con el fallo, en el extremo de declarar la nulidad de los actos administrativos que dieron origen a las concesiones mineras y las licencias de uso de agua; mas no así los actos relacionados a la adjudicación de predios agrícolas.

Palabras clave

Concesiones mineras, licencias de uso de agua, predios agrícolas, consulta previa y nulidad de los actos administrativos.

ABSTRACT

This report is a procedural and substantive analysis of Resolution No. 28 of February 27, 2019, issued by the Civil Chamber of the Superior Court of Justice of Madre Dios. This resolution declared the nullity of a series of administrative acts issued in favor of third parties, related to mining concessions, water use licenses and agricultural lands, located within the land of the Native Community Tres Islas.

First, in the procedural field, we analyze whether the amparo process is the appropriate way to request and declare the nullity of the administrative acts granted in favor of third parties unrelated to the indigenous community. We also address the right to prior consultation and whether it constitutes a basis for declaring the nullity of mining concessions, water use licenses and agricultural lands.

We consider that, in this controversy, the amparo process is not the appropriate way to analyze the nullity of the administrative acts subject to the claim and that it should have been declared inadmissible. Additionally, on the merits, we do agree with the ruling, insofar as it declares the nullity of the administrative acts that gave rise to the mining concessions and water use licenses; but not those related to the allocation of agricultural lands.

Keywords

Mining concessions, water use licenses, agricultural lands, prior consultation and nullity of administrative acts.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
I.1. Justificación de la elección de la resolución	2
I.2. Presentación del caso y análisis	2
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	3
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS .	14
III.1. Problema principal	15
III.2. Problemas secundarios	15
IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	16
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	17
VI. CONCLUSIONES	35
BIBLIOGRAFÍA	36



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	000675-2017-0-2701-JM-CI-01 / Resolución N° 28 de fecha 27 de febrero de 2019, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho de pueblos indígenas, derecho ambiental, derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derecho administrativo.
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Comunidad Nativa Tres Islas
DEMANDADO/DENUNCIADO	<ul style="list-style-type: none">• Tribunal Nacional de Resoluciones de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua.• Gobierno Regional de Madre de Dios
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios,

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

La confluencia de derechos sobre una misma área ha sido origen y escenario de conflictos entre diversos actores, desde el Estado, empresas hasta comunidades indígenas (Pulgar-Vidal, 2009).

Si bien la Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales señala que las leyes especiales precisarán los entes estatales responsables de coordinar y gestionar el otorgamiento de diversos títulos habilitantes sobre un mismo espacio a fin de evitar conflictos por incompatibilidad, se tiene casos como el analizado en el presente informe, donde se dispuso la nulidad de una serie de concesiones mineras, licencias de uso de agua y la adjudicación de predios agrícolas en aras de respetar y garantizar los derechos a la consulta previa, vida e integridad física y cultural de la Comunidad Nativa Tres Islas.

Los hechos, fundamentos y consecuencias de la decisión del órgano judicial, en cuanto a la naturaleza de derechos y títulos habilitantes emitidos por el Estado sobre el aprovechamiento de recursos naturales y el uso de la tierra frente a los de un pueblo originario, merecen un análisis jurídico que nos permita conocer y ponderar las diferentes aristas de este caso de naturaleza compleja.

I.2. Presentación del caso y análisis

En el presente caso, la Comunidad Nativa Tres Islas -como parte demandante- señala que la presencia de terceros en su territorio -propiciada por entidades como el Gobierno Regional de Madre de Dios y la Autoridad Local del Agua debido a los títulos habilitantes otorgados a su favor- vendría vulnerando una serie de derechos en su contra, entre ellos el de consulta previa y a la vida e integridad física y cultural. La autoridad judicial ordenó y confirmó, finalmente, la nulidad de los actos administrativos que habían otorgado las concesiones mineras, los derechos de uso de agua y la adjudicación de predios agrícolas.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

1. La historia del aprovechamiento de los recursos naturales ha suscitado eventos que han significado un gran cambio para las sociedades. En el Perú, específicamente la Amazonía, ha vivido fiebres extractivas. Entre las más representativas tenemos la del caucho (entre 1890 y 1950), la de la madera (entre 1960 y 1990) y la del oro (entre 1950 y 2015). Cada una de ellas trajo consigo cambios en el ámbito económico y social; no obstante, se resalta que las tres fiebres extractivas mencionadas trajeron consigo conflictos y violaciones a los derechos de los pueblos indígenas de manera significativa (Actualidad Ambiental, s.f.).
2. Madre de Dios es una de las zonas con mayor biodiversidad y riqueza de recursos del mundo, entre ellas el oro. Producto del alza del precio de este metal a nivel internacional, desde el año 2005¹ especialmente, su explotación bajo distintas modalidades ha conllevado grandes impactos sobre el ambiente y la sociedad, tales como la deforestación y degradación del ambiente, así como movimiento social hacia las zonas de ríos y territorios protegidos (Proyecto Prevenir, 2021).
3. La explotación del oro en Madre de Dios se da bajo distintas modalidades. Bajo el ámbito de la legalidad, tenemos a la pequeña minería que tiene una producción anual menor o igual a 3500 toneladas métricas y se desarrolla en una extensión de hasta 2000 ha. Por otro lado, la minería artesanal es aquella que se realiza con herramientas manuales o simples maquinarias y con una producción anual menor o igual a 350 toneladas métricas, en una extensión máxima de 1000 ha².

¹ Según Investing.com, el precio del oro por onza troy ha pasado de US\$ 430 en 2005 a alrededor de US\$ 1800 en mayo de 2023.

² Ley N° 27651, Ley de Formalización de la pequeña minería y la minería artesanal.

4. Por otro lado, está la minería informal, compuesta por mineros que no son legales; no obstante, operan en áreas no prohibidas para su segmentación (pequeña minería y minería artesanal) y se encuentran en el Registro Nacional de Formalización Minera (REINFO), es decir, están en proceso de ser formalizados (Plataforma digital única del Estado peruano, 2023).
5. De manera opuesta a todas las clasificaciones expuestas, se tiene a la minería ilegal, que se desarrolla al margen de las exigencias legales y técnicas, en zonas prohibidas y utilizando maquinaria y materiales nocivos para el ambiente y la salud de las personas (Diálogos Ambientales con la prensa, 2013). El empleo de maquinaria como dragas, pequedragas y barcas son parte de esta actividad ilícita; así como el uso indiscriminado del mercurio, el cual afecta seriamente la salud de las personas que viven cerca de los ríos (Mongabay, 2020).
6. En este punto corresponde indicar que la economía de Madre de Dios se encuentra basada, mayoritariamente -hasta en un 70%-, en la actividad minera. Sin embargo, solo el 10% de esta es minería legal (Samon Ros, 2021).
7. En este contexto, se encuentra a la Comunidad Nativa Tres Islas que cuenta con reconocimiento oficial por parte del Estado y está inscrita en el Registro Nacional Desconcentrado de Comunidades Nativas, a cargo de la Dirección Subregional de Agricultura de Madre de Dios. Asimismo, posee título de propiedad sobre la tierra que habita, el que se extiende por 31,423 ha, aproximadamente. La subsistencia de la Comunidad se basa en la flora y fauna que habitan en su territorio, además realizan actividades de silvicultura, pesca y recolección de castaña³.
8. La resolución materia del presente informe no es el primer ni el único pronunciamiento que la mencionada comunidad ha obtenido. La Comunidad Nativa Tres Islas ha tenido participación en el ámbito jurisdiccional a nivel nacional y en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

³ Información extraída del escrito de demanda de fecha 28 de setiembre de 2017 de la Comunidad Nativa Tres Islas.

Así, por ejemplo, la Comunidad Nativa obtuvo un fallo favorable de fecha 11 de setiembre de 2012, por parte del Tribunal Constitucional, recaído en el Expediente N° 01126-2011-HC/TC. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional reconoció los derechos al territorio indígena y la autonomía comunal en favor de Tres Islas frente a la presencia de terceros (transportistas) que circulaban dentro de los límites de la comunidad.

9. Por otro lado, en el ámbito Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a través de la Resolución n.° 38/17 del 8 de setiembre de 2017, otorgó medidas cautelares en favor de Tres Islas. La CIDH consideró que el caso de la comunidad reunía -a primera vista- las condiciones de gravedad, urgencia e irreparabilidad debido a que los integrantes de la comunidad se encontrarían en una situación de riesgo por la presencia de mercurio en sus organismos, producto de la actividad minera ejercida en su territorio; así como por la falta de atención médica.

II.2. Hechos relevantes del caso

10. Preliminarmente, se debe precisar que, si bien el presente informe aborda el análisis de una resolución judicial, se ha visto necesario recurrir a otras piezas pertenecientes al proceso con la finalidad de recabar información adicional que ayude a un estudio más completo y preciso. Así, del escrito de demanda de fecha 28 de setiembre de 2017, se extrajo la siguiente información:
11. La Comunidad Nativa Tres Islas detectó que, pesar de que en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de setiembre de 2012 (Expediente N° 01126-2011-HC/TC) se ordenó el cese de actos que vulneraban el territorio y la autonomía comunal, aún se venía detectando la presencia de terceros, quienes señalaban poseer derechos dentro de la comunidad. Entre los derechos alegados por parte de los terceros están las concesiones mineras, licencias de uso de agua y predios agrícolas.

En cuanto a las concesiones mineras

12. De acuerdo con el escrito de demanda, la Comunidad Nativa Tres Islas señaló a la Dirección Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos de Madre de Dios (DREMH) que debido a que no se había respetado su derecho a la consulta previa, recogido en el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio n.º 169), las concesiones mineras ubicadas dentro de los límites de su propiedad comunal eran nulas.

13. De acuerdo con la Resolución Ejecutiva Regional n.º 393-2019-GOREMAD/GR del 23 de diciembre de 2019, mediante la cual el GORE Madre de Dios dio cumplimiento en parte a lo determinado por el Juzgado una vez que culminó el presente proceso, son trece (13) las resoluciones que otorgaron títulos de concesiones mineras dentro de la propiedad territorial de la Comunidad Nativa Tres Islas, conforme se detalla a continuación:

	Resolución Directoral Regional	Fecha	Nombre de Concesión Minera	Extensión
1	n.º 313-2009-GOREMA D-GRDE/DREMEH	28 de mayo de 2009	Angelina II	100 ha
2	n.º 291-2008-GOREMA D-GRDE/DREMEH	2 de octubre de 2008	Metálica Luz II	100 ha
3	n.º 306-2008-GOREMA D-GRDE/DREMEH	27 de octubre de 2008	Nirce	340 ha
4	n.º 565-2009-GOREMA D-GRDE/DREMEH	21 de diciembre de 2009	Nidia M	100 ha
5	n.º 273-2008-GOREMA D-GRDE/DREMEH	24 de setiembre de 2008	Melani	100 ha
6	n.º 307-2008-GOREMA D-GRDE/DREMEH	27 de octubre de 2008	Playa Primero de Diciembre	16 ha
7	n.º 276-2008-GOREMA D-GRDE/DREMEH	24 de setiembre de 2008	Playa Villa Vista 2007	300 ha
8	n.º 491-2009-GOREMA D-GRDE/DREMEH	3 de noviembre de 2009	Pradera	100 ha
9	n.º 042-2010-GOREMA D-GRDE/DREMEH	22 de enero de 2010	Richard 2008	200 ha

	Resolución Directoral Regional	Fecha	Nombre de Concesión Minera	Extensión
10	n.º 285-2008-GOREMA D-GRDE/DREMEH	2 de octubre de 2008	Verónica	510 ha
11	n.º 104-2008-GOREMA D-GRDE/DREMEH	10 de octubre de 2008	SMM	500 ha
12	n.º 222-2008-GOREMA D-GRDE/DREMEH	17 de julio de 2008	Janina	1000 ha
13	n.º 257-2010-GOREMA D-GRDE/DREMEH	7 de julio de 2010	Deysi	200 ha

14. La Comunidad Nativa Tres Islas informó a la DREMH de los impactos negativos de la actividad minera al ambiente y salud de sus integrantes. Posteriormente, mediante Oficio n.º 1241-2014-GOREMAD-GRDE/DREMH, la DREMH denegó la solicitud presentada por la comunidad nativa.

15. Frente a esta denegatoria, el 9 de diciembre de 2014, Tres Islas apeló la decisión de la DREMH ante el Gobierno Regional Madre de Dios (GORE Madre de Dios). No obstante, de acuerdo con el escrito de demanda, al momento de presentarse este escrito, el GORE Madre de Dios no había dado respuesta a su apelación.

Respecto de las licencias de uso de agua

16. Del escrito de demanda, se desprende que, a través de la carta n.º 079-2014-ANA-ALA-MALDONADO del 7 de julio de 2014, la Autoridad Local del Agua de Madre de Dios (ALA Madre de Dios) informó a la Comunidad Nativa Tres Islas sobre la existencia de cuatro (4) licencias de uso de agua otorgadas en favor de terceros, ubicadas dentro de la propiedad de la comunidad:

Acto Administrativo	Titular	Resolución administrativa
Licencias de uso de agua	Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada "Playa Dany"	n.º 073-2009-ANA-ALAM de fecha 16 de marzo de 2009
	Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada "Playa	n.º 093-2009-ANA-ALAM de fecha 24 de abril de 2009

	Nuevo Horizonte de Puerto Maldonado"	
	Concesión Minera "K-1"	n.º 323-2011-ANA-ALAM de fecha 14 de junio de 2011
	Concesión Minera "Yolanda Sonia"	n.º 474-2011-ANA-ALAM de fecha 18 de octubre de 2011

17. Frente a esta información, y con base en el argumento de no haber sido sometida a un proceso de consulta previa, con fecha 9 de setiembre de 2015 la Comunidad Nativa Tres Islas solicitó que se declare la nulidad de oficio de todas las licencias de uso de agua detalladas en el párrafo anterior. Posteriormente, con fecha 10 de noviembre de 2015, la Autoridad Administrativa del Agua de Madre de Dios remitió esta solicitud al Tribunal de Resolución de Controversias Hídricas (TRCH).
18. Con Resolución n.º 240-2017-ANA/TNRH del 20 de junio de 2017, el TRCH declaró improcedente la solicitud basándose en que había prescrito su facultad de declarar la nulidad de oficio de las mencionadas licencias de uso de agua, ya que estas habían sido otorgadas en los años 2009 y 2011.

En cuanto a los predios agrícolas

19. Del escrito de demanda, se extrae que ciertos mineros alegaban frente a la comunidad nativa ser titulares de predios agrícolas dentro del territorio comunal. La Comunidad Nativa Tres Islas requirió información al respecto a la autoridad competente. Es así como la Dirección Regional de Agricultura de Madre de Dios (DRA Madre de Dios) informó que dentro del territorio comunal existían once (11) predios agrícolas.
20. Con fecha 10 de febrero de 2017, la comunidad nativa solicitó la nulidad de los actos que adjudicaron estos predios, basándose en que dichos actos vulneraban su derecho a la propiedad territorial. No obstante, el GORE Madre de Dios no había respondido su solicitud a la fecha de la presentación del escrito de demanda.

2.2.1 Procedimiento de primera instancia

a. Demanda

21. Mediante el escrito de fecha 28 de setiembre de 2017, la Comunidad Nativa Tres Islas interpuso una demanda constitucional de Acción de Amparo contra el TRCH y el GORE Madre de Dios. De acuerdo con la parte demandante, la presencia de terceros beneficiarios con concesiones, licencias de uso de agua y/o predios agrícolas vulneraba una serie de derechos en contra de la comunidad.
22. Con relación al GORE Madre de Dios, la parte demandante señaló que dicha entidad estatal habría vulnerado sus derechos a:
- a) La autonomía y determinación de sus prioridades de desarrollo: por no realizar un proceso de consulta previa al otorgamiento de concesiones mineras en su territorio.
 - b) Propiedad territorial: por la adjudicación de predios agrícolas superpuestos a su territorio, así como por la contaminación de suelo, agua, aire, bosques, flora y fauna producto de la actividad de terceros.
 - c) Vida e integridad física y cultural: (i) Por la contaminación por mercurio y otros metales usados en la minería; (ii) la falta de seguridad alimentaria; (iii) la alteración de sus formas de vida debido a la presencia no autorizada de terceros; y (iv) las amenazas a la seguridad por parte de terceros.
23. Respecto del TRCH, la Comunidad indicó en su escrito de demanda que dicha entidad estatal habría vulnerado sus derechos a:
- a) La autonomía y determinación de sus prioridades de desarrollo por la omisión de realizar un proceso de consulta previa al otorgamiento de licencias de uso de agua dentro de su territorio.
 - b) La vida, integridad física y cultural, y propiedad territorial: por la contaminación de aguas producto de la actividad minera que utiliza mercurio.
24. En consecuencia, la Comunidad Nativa solicitó a la autoridad jurisdiccional lo siguiente:

Respecto del GORE Madre de Dios	1) Se declare el vicio de nulidad de pleno derecho de todos los actos administrativos que otorgaron concesiones mineras y predios agrícolas, así como los actos y actividades conexos. 2) Se ordene el apoyo de la fuerza pública para el cumplimiento de la decisión comunal de expulsión de todos los terceros. 3) Se ordene la restitución de cosas al estado anterior a la vulneración.
Respecto del TRCH	1) Se declare el vicio de nulidad de las resoluciones administrativas que otorgaron licencias de uso de agua. 2) Se ordene el cese de uso de aguas por parte de terceros beneficiarios de licencias de uso de agua. 3) Se ordene la restitución de cosas al estado anterior a la vulneración.

25. Finalmente, la parte demandante señaló como pretensión accesoria que se ordene el pago de costos y costas; así como la remisión de los actuados al Ministerio Público a fin de que se apertura una carpeta fiscal contra los funcionarios de las entidades estatales demandadas por la presunta comisión de delito de Omisión de funciones; Vida e integridad física y cultural; y de lesa humanidad.

26. Mediante Resolución n.º08 de fecha 3 de julio de 2018, la demanda fue admitida a trámite y fue trasladada al GORE Madre de Dios y al TRCH.

b. Contestaciones a la demanda

27. La defensa legal del GORE Madre de Dios indicó lo siguiente:
- a) El Estado peruano es propietario de los proyectos mineros a nivel nacional.
 - b) Las causales de nulidad esbozadas por la parte demandante no están recogidas en la Ley General de Minería.
 - c) La solicitud de nulidad de las concesiones mineras no sería procedente porque no existiría afectación de su derecho de propiedad.
 - d) Los administrados beneficiados con concesiones mineras le correspondería la legitimidad para obrar en el presente proceso, a fin de que defienda sus derechos.

28. La Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura y Riego, en la defensa legal del TRCH, señaló lo siguiente:

- a) La demanda de amparo contiene una indebida acumulación de pretensiones.
- b) La Autoridad Nacional del Agua (en adelante, ANA) no tiene competencias para descontaminar recursos hídricos ni para ejercer acciones con el fin de resguardar y reparar la salud de los habitantes de la Comunidad.
- c) La presente causa debería ser vista en un proceso ordinario y no en el marco de un proceso de amparo debido a que este carece de etapa probatoria.
- d) No se ha vulnerado su derecho a la consulta previa debido a que las resoluciones administrativas fueron emitidas de manera previa a la Ley n.º 29785 – Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.
- e) El Estado tiene la titularidad de los recursos naturales y del territorio, por lo que tiene la facultad de elaborar políticas para su debido aprovechamiento.

c. Resolución de primera instancia

29. Mediante Resolución n.º 20, del 11 de diciembre de 2018, el Juzgado Civil Transitorio de Puerto Maldonado de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios (en adelante, el Juzgado) culminó con el proceso en primera instancia y señaló que, en procesos previos ante el Tribunal Constitucional (bajo Expedientes n.º 01126-2011-HC/TC y n.º 01931-2013-PHC/TC), se le reconoció a la parte demandante su derecho a la propiedad territorial comunal y autonomía comunal. Asimismo, indicó que las partes demandadas no han tenido en cuenta el derecho a la consulta previa al momento de otorgar derechos en favor de terceros pues ninguna de las entidades demandadas realizó el debido proceso a la consulta previa a la Comunidad. Por otro lado, calificó la vía constitucional del amparo como la idónea para proteger los derechos constitucionales vulnerados.

30. Adicionalmente, señaló que la solicitud de descontaminación de los recursos hídricos y la atención integral a la salud de los miembros de la Comunidad no son parte de la competencia de la ANA. Asimismo, indicó que es decisión de la parte demandante si acude o no al Ministerio Público por la presunta comisión de delitos por parte de los funcionarios públicos de las partes demandadas. Dicho esto, el Juzgado resolvió declarar:

- (i) Fundada la demanda constitucional interpuesta por la Comunidad contra el TRCH y el GORE Madre de Dios por vulneración de los derechos a la propiedad territorial y autonomía comunal, a la vida, integridad física, salud, ambiente adecuado y equilibrado, y al agua de la Comunidad y sus integrantes.
- (ii) Declarar la nulidad de los actos administrativos y conexos, relacionados con derechos o concesiones mineras, adjudicación de terrenos como predios agrícolas, licencias de uso de agua y otros similares.
- (iii) Disponer el cese inmediato de todas las actividades derivadas o vinculadas a los derechos o concesiones otorgadas a terceros dentro del territorio de la Comunidad.
- (iv) Infundada la demanda en el extremo referido a que la ANA descontamine los recursos hídricos y ejerza acciones de recuperación y atención a la salud de los integrantes de la Comunidad; así como la remisión de los actuados al Ministerio Público.

2.2.2 Procedimiento de segunda instancia

a. Apelación

31. Posteriormente, la Resolución detallada en el párrafo anterior fue apelada por las partes demandadas. Así, la defensa legal del GORE Madre de Dios indicó que la Resolución había agraviado los derechos otorgados a los concesionarios. Por su parte, la defensa del TRCH señaló lo siguiente:

- a) El Juzgado ha vulnerado el principio de congruencia procesal ya que incorpora mandatos no requeridos por la Comunidad.

- b) Se ha inaplicado de manera inmotivada el precedente vinculante Elgo Ríos (Expediente n.º2383-PA-TC), en tanto la nulidad de actos administrativos debe ser vista en un proceso contencioso administrativo.
- c) Se ha incurrido en una indebida acumulación de pretensiones en tanto las pretensiones cuentan con vías procedimentales distintas.
- d) No se ha vulnerado el derecho a la consulta de la parte demandante debido a que las resoluciones administrativas son anteriores a la Ley de Consulta Previa, y dicho derecho no tiene desarrollo constitucional de manera previa a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.º 22-2009-HC-TC.
- e) La ANA no ha vulnerado el derecho a un medio ambiente sano en tanto el otorgamiento de licencias de uso de agua no causa dicho perjuicio. En todo caso, los causantes de dicho detrimento serían los mineros ilegales.
- f) Ninguna norma reconoce el derecho a la tierra y los recursos naturales que señala la parte demandante.

b. Resolución de segunda instancia

32. Con Resolución n.º 28 de fecha 27 de febrero de 2019 (**resolución materia del presente informe jurídico**), la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios (en adelante, la Sala) confirmó la Resolución apelada, basando su decisión en lo siguiente:

- a) Las disposiciones hechas por el Juzgado son pedidos textuales de la parte demandante.
- b) No se ha inaplicado el precedente Elgo Ríos, debido a que los hechos invocados pueden producir una situación de irreparabilidad de los derechos invocados. Asimismo, la Comunidad Nativa no ha contradicho la actividad de los mineros ni de otros terceros dentro de su territorio.
- c) La parte apelante no ha fundamentado porqué se habría dado una indebida acumulación de pretensiones.
- d) En cuanto fundamentar la no vulneración del derecho de consulta previa en la Sentencia del Expediente n.º22-2009-PA-TC resulta impertinente debido a que la norma materia de dicha sentencia no es aplicable a los pueblos originarios.

- e) En cuanto a la presunta no vulneración del derecho a un medio ambiente sano, la Sala señala que resulta impertinente pronunciarse sobre este punto debido a que no se advierte que se haya afirmado que la ANA vulneró dicho derecho.
- f) Finalmente, indica que alegar a los derechos de terceros con títulos habilitantes no tiene relación con la causa del presente proceso.

33. Asimismo, la Sala decidió confirmar la apelada citando la Constitución peruana, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) referidas a los casos Kishwa de Sarayaku Vs. Ecuador y Yakye Axa Vs. Paraguay; así como sentencias del Tribunal Constitucional. Finalmente, señala que la cosmovisión de los pueblos originarios respecto de la naturaleza crea un concepto paritario al bien común e interés público, en tanto constituye el objeto de vida de estos pueblos, quienes emplean los recursos naturales de forma primaria y racional.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

34. Con base en el detalle de las posiciones expuestas por ambas partes, así como en las decisiones de los órganos jurisdiccionales en el marco del proceso de amparo que dio origen a la Resolución materia del presente informe jurídico, se observa, en primer lugar, que tanto el Juzgado como la Sala declararon de manera categórica la nulidad de los actos administrativos que otorgaron las concesiones, licencias de uso de agua y predios agrícolas en favor de terceros ajenos a la Comunidad Nativa Tres Islas, debido a que estos derechos no fueron materia de un proceso de consulta.

35. No obstante, con base en lo señalado por la parte demandante, se observa que su principal preocupación estaba referida a la actividad minera vigente desarrollada dentro de Tres Islas, así como los presuntos impactos negativos en el ambiente y la salud de sus comuneros. Tanto las licencias de uso de agua, los predios agrícolas y -evidentemente- las concesiones mineras se encontraban relacionadas a esta actividad, por lo tanto, se entiende que la estrategia de los representantes legales de la comunidad haya pretendido

atacar “de raíz” el origen del problema: a través de la declaración de nulidad de todos los actos administrativos que dieron origen a los derechos otorgados a terceros ajenos a la Comunidad Nativa Tres Islas.

36. La judicatura, en primera y segunda instancia, adoptó la posición de la parte demandante; sin embargo, en este punto, se plantea la pregunta: cómo queda la potestad del Estado -y acaso la de los privados sobre bienes propios- de disponer sobre la administración de los recursos naturales frente a la decisión de anular todos los actos administrativos referidos a terceros respecto de un pueblo indígena. Asimismo, se cuestiona si acaso el proceso de amparo constituyó la vía idónea para revisar la pretensión de la parte demandante.

III.1. Problema principal

37. Con base en lo señalado en los párrafos anteriores, se tiene dos problemas principales a absolver, uno de índole procesal y otro, material:

Primer problema principal: ¿Debió proceder la Acción de Amparo para solicitar la nulidad de los actos administrativos que concedieron las concesiones mineras, licencias de uso de agua y predios agrícolas en favor de terceros cuando contravendrían derechos de pueblos indígenas?

Segundo problema principal: ¿Es exigible desarrollar el proceso de consulta previa respecto del otorgamiento de derechos en favor de terceros de manera previa a la vigencia de la Ley de Consulta Previa pero posterior a vigencia del Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo?

III.2. Problemas secundarios

38. Problemas derivados del primer problema principal:
- ¿Cuál es la naturaleza del Amparo?
 - ¿Qué naturaleza y características tienen los derechos sobre los cuales se ha requerido nulidad?
 - ¿Es el Proceso de Amparo la vía idónea para la pretensión de la Comunidad Nativa Tres Islas?

39. Problemas derivados del segundo problema principal:

- ¿Cómo se regula el uso de recursos naturales en el Perú?
- ¿Cuáles son las normas que regulan los predios agrícolas en el Perú?
- ¿Cuáles son los derechos reconocidos a las comunidades nativas con relación a los recursos naturales dentro de su propiedad comunal?
- ¿En qué consiste el derecho a la consulta previa en favor de los pueblos indígenas?
- ¿Los actos administrativos que otorgaron las concesiones mineras, las licencias de uso de agua y los predios agrícolas debieron ser consultados?
- ¿El hecho que no hayan sido consultados los actos administrativos demandados traería como consecuencia su declaración de nulidad?

IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

40. En cuanto al primer problema secundario se considera que el proceso de amparo no es la vía idónea para el petitorio de la parte demandante debido a que los actos administrativos observados eran actos consentidos; este tipo de proceso carece de etapa probatoria; y, adicionalmente, el plazo de Tres Islas para interponer una demanda ya había vencido. Asimismo, en cuanto al extremo referido a la nulidad de los predios agrícolas, este también debió ser declarado improcedente ya que la vía idónea para dicha pretensión es la vía civil.

41. Por otro lado, en cuanto al fondo de la controversia, se debe señalar que existe posición a favor en parte de lo decidido por la Sala en tanto que sí se considera que los actos administrativos referidos a las concesiones mineras y licencias de uso de agua debieron ser consultados y, por lo tanto, al no haber realizado dicho proceso, estos resultan nulos. Por otro lado, en cuanto a los

predios agrícolas, se considera que la falta de realización de un proceso de consulta previa con relación a dichos actos no es fundamento para nulidad.

IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

42. La posición individual es en contra de lo fallado por la Sala en el presente proceso. Como se hace mención líneas arriba, la demanda que dio origen a la Resolución debió ser declarada improcedente; no obstante, se reconoce la voluntad de la judicatura de reconocer los derechos de los pueblos indígenas frente al accionar del Estado y de terceros ajenos.
43. El avance en el reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas es importante en un país como el Perú. Sin embargo, es también importante que dicho avance se realice de acuerdo con las reglas del ordenamiento jurídico nacional e internacional, con la finalidad de que en el futuro no surjan más cuestionamiento que debiliten a la judicatura, generen inseguridad jurídica y atenúen el reconocimiento de los derechos de los indígenas.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

V.1. Primer problema principal: ¿Es el Proceso de Amparo la vía idónea para solicitar la nulidad de los actos administrativos que concedieron las concesiones mineras, licencias de uso de agua y predios agrícolas en favor de terceros cuando contravendrían derechos de pueblos indígenas?

44. A efectos de dar respuesta a la primera pregunta principal, es necesario abordar el proceso de amparo, así como la naturaleza y características de los actos lesivos objeto de este proceso con la finalidad de determinar si la Acción de Amparo es la vía idónea para solicitar la nulidad de actos administrativos. Hacia el final de la presente sección, se brindará posición respecto del caso y lo resuelto por la Sala.

- **¿Cuál es la naturaleza del Amparo?**

45. De acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), la Acción de Amparo es aquella garantía constitucional que procede contra toda acción u omisión que amenaza algún derecho constitucional distinto al de libertad individual e información.

46. Conforme al artículo 5.2 de la Ley n.º 28237 – Código Procesal Constitucional (en adelante, CPC) -vigente al momento en que la judicatura analizó el presente caso⁴-, el Amparo constituye una garantía procesal excepcional **en tanto sería improcedente si existiese otra vía procedimental específica y satisfactoria para proteger el derecho o derechos invocados**. Bajo esta lógica, y de acuerdo con lo señalado por Landa Arroyo (2018, p.112), el proceso de amparo se caracteriza por su subsidiariedad y tutela judicial urgente.

47. Siguiendo a Landa Arroyo (2018, p.117), la gama de actos lesivos frente a los cuales procede un proceso de amparo es bastante amplia: podría emplearse frente a una vulneración cierta o inminente -por acción u omisión- proveniente de instituciones estatales o privados.

- **¿Qué naturaleza y características tienen los derechos sobre los cuales se ha requerido nulidad?**

48. De los hechos abordados en la Resolución, se extrae que la parte demandante ha cuestionado los actos administrativos que dieron origen a las concesiones mineras, licencias de uso de agua y predios agrícolas.

49. En cuanto a las concesiones mineras, desde una óptica general, son actos administrativos que otorgan al titular el derecho a explorar y explotar (Gutiérrez, 2014, p.71). Cabe resaltar que, de acuerdo con el artículo 9 del Texto Único

⁴ Corresponde indicar que la Ley n.º 28237, referida al Código Procesal Constitucional fue derogada por la Ley n.º 31307 – Nuevo Código Procesal Constitucional, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de julio de 2021.

Ordenado de la Ley General del Minería (en adelante, TUO de la LGM), la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

50. Por otro lado, respecto de las licencias de uso de agua, corresponde indicar que el artículo 44 de la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos (en adelante, LRRHH) señala que para usar el recurso agua, con fines de aprovechamiento, se necesita contar con un derecho de uso dado por la Autoridad Administrativa del Agua⁵. Seguidamente, el artículo 45 de la misma norma, señala que las clases de derechos de uso de agua son: a) Licencia de uso; 2) permiso de uso; y 3) autorización de uso de agua.
51. En el presente caso, la parte demandante cuestiona el otorgamiento de licencias de uso de agua y, según el artículo 56.1 de la LRRHH y el artículo 70 de su Reglamento, este tipo de derecho otorga al administrado la facultad de usar el recurso agua para una actividad y lugar determinados.
52. Ahora bien, respecto de los predios agrícolas observados por la parte demandante no se tiene más información que la expuesta en su escrito de demanda. Tal como fue detallado párrafos arriba, Tres Islas tuvo conocimiento de que eran once (11) el total de predios agrícolas y que el GORE Madre de Dios no había dado respuesta, al momento de interponer su demanda, a su solicitud de nulidad.
53. De lo expuesto y demandado por la Comunidad Nativa Tres Islas, se deduce que **con predios agrícolas se refieren a los predios rurales**. En el artículo 88 de la Constitución, en cuanto al régimen agrario, se señala que el Estado peruano apoya el desarrollo agrario y garantizar el derecho de propiedad sobre la tierra. Asimismo, es importante indicar que, según el artículo 2 de la Ley N° 26505, de inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (en adelante, Ley de Tierras), bajo el régimen agrario, se entiende como tierra a todo aquel predio apto para la actividad agrícola. Por

⁵ Artículo 22.2 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos.

otro lado, este mismo artículo indica **el Código Civil y la Ley de Tierras son las principales normas que rigen el régimen agrario.**

54. No obstante lo señalado, es importante precisar que cuando la parte demandante solicitó que el GORE Madre de Dios anule los actos administrativos que dieron origen a “la adjudicación de tierras agrícolas”, entendemos, teniendo en cuenta las facultades de un gobierno regional respecto a materia agraria, que **se refirió al proceso de saneamiento físico-legal de la propiedad agraria**⁶.
55. Esta deducción se basa en el hecho de que Tres Islas no cuestionó los actos jurídicos que dieron origen al derecho de propiedad de los terceros con relación a los predios agrícolas, sino que debatió los actos emitidos por el GORE Madre Dios, los cuales están referidos al saneamiento del predio rural.
56. Esta deducción se ve reforzada si se tiene en cuenta que en la época en que la Comunidad Nativa Tres Islas demandó la nulidad respecto de los predios agrícolas, esto es en el año 2017, se encontraba vigente el Decreto Legislativo n.º 1089, que estableció el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales⁷.
57. Gracias a la modificación hecha por el Decreto Supremo n.º 013-2016-MINAGRI al D.L. 1089, los gobiernos regionales asumieron la labor de formalizar y titular las tierras rurales y eriazas. En tal sentido, y con lo señalado hasta este punto, se deduce que, con la solicitud de nulidad ante el GORE Madre de Dios, la parte demandante se refería a los actos jurídicos que concedieron la formalización y la titulación de los once (11) predios rurales ubicados dentro de su territorio comunal.
58. A pesar de lo afirmado, surge el cuestionamiento respecto de los predios agrícolas observados por la parte demandante. Como se desarrollará con la

⁶ Artículo 51.n de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

⁷ El Decreto Legislativo N.º 1089 fue derogado por la Ley N.º 31145, Ley de Saneamiento Físico-legal y Formalización de Predios Rurales a cargo de los Gobiernos Regionales.

segunda pregunta principal del presente informe jurídico, se deduce que la demanda de Tres Islas gira en torno a la actividad minera desarrollada dentro de su territorio, en tanto las licencias de uso de agua y los predios agrícolas serían empleadas y dirigidas a dicha actividad.

59. Dicho esto, corresponde cuestionar si acaso la nulidad de la formalización y/o la titulación de cada uno de los once (11) predios agrícolas es suficiente para proteger su derecho como pueblo indígena a la consulta previa y territorio frente a la presencia de terceros, tal como pretende la parte demandante. De las resoluciones de primera y segunda instancia, así como de la demanda, no se puede extraer cuál es el origen de los predios agrícolas de privados ubicados dentro del territorio comunal: ¿fue una transacción de compra-venta?, ¿una adjudicación vía prescripción adquisitiva? o ¿una decisión vía Asamblea General de Tres Islas?

- **¿Es el Proceso de Amparo la vía idónea para la pretensión de la Comunidad Nativa Tres Islas?**

En cuanto a las concesiones mineras y licencias de uso de agua:

60. Una vez disgregados los hechos del caso y habiendo determinado el principal objeto de la demanda de la Comunidad Nativa Tres Islas -esto es las concesiones mineras dentro de su territorio- se encuentra los siguientes puntos a observar:

61. Un primer punto que salta a la vista es el referido a: (i) los años en que los actos administrativos fueron dados, (ii) la interposición de recursos administrativos en las instancias correspondientes y (iii) la fecha de la demanda⁸.

⁸ La información consignada en esta sección corresponde a las concesiones mineras y las licencias de uso de agua. No se menciona los predios rurales debido a que no contamos con información al respecto.

	Años de las resoluciones administrativas	Fecha de inicio y fin de procedimiento en sede administrativa	Fecha de la demanda
Concesiones mineras	2008 a 2010	Habría iniciado en algún momento de 2014 y el último escrito de la Comunidad es del 9 de diciembre de 2014, el cual no tuvo respuesta del GORE Madre de Dios	28 de setiembre de 2017
Licencias de uso de agua	2009 y 2011	9 de setiembre de 2015 y 20 de junio de 2017	

62. Así, se tiene que los actos administrativos correspondientes a las concesiones mineras fueron emitidos entre el 2008 y el 2010, y es todavía hasta seis (6) años después que la Comunidad Nativa Tres Islas interpuso un recurso en sede administrativa. La misma situación sucedió con las licencias de uso de agua, en relación con las cuales se tiene que la parte demandante acudió a la sede administrativa hasta seis (6) años después de la emisión del primer acto administrativo observado. Situación similar sucedió con la demanda de amparo interpuesta en el año 2017, al menos siete (7) y seis (6) años luego de la última concesión minera y licencia de uso de agua otorgadas, respectivamente.

63. Del párrafo anterior se destaca el hecho de que **la Comunidad Nativa Tres Islas haya dejado transcurrir años entre los actos lesivos, las acciones en las vías administrativas adoptadas y la interposición de la demanda.** Ante este escenario, **se adopta la posición de declarar improcedente la demanda,** con base al artículo 5.2 del CPC, el cual señala que una de las causales de improcedencia de los procesos constitucionales es cuando existe una vía específica y satisfactoria.

64. En el presente caso, el objeto de la demanda son los actos administrativos consentidos referidos a las concesiones mineras y licencias de uso de agua. Ante esa cualidad, un proceso de amparo no deviene en idóneo, ya que no subsiste la amenaza o inminencia de vulneración a los derechos alegados; además que el mencionado proceso constitucional no contiene una etapa probatoria.

65. Adicionalmente a lo señalado, en el presente caso se debe tomar en cuenta que los hechos alegados como lesivos son: la emisión de los actos administrativos, la presencia de terceros y amenazas provenientes de estos, así como la contaminación provocada por la actividad minera en la propiedad comunal. Por otro lado, los derechos invocados por Tres Islas son, en cuanto a las dos entidades demandadas, autonomía, autodeterminación, consulta previa, vida e integridad física y cultural.

66. Es en este punto cuando se resalta que las entidades emplazadas son el GORE Madre de Dios y el TRCH, las cuales no respondieron ni avalaron, respectivamente, sus solicitudes de nulidad de actos administrativos. De acuerdo con lo detallado párrafos arriba, la demanda de Tres Islas giró en torno a la actividad minera, los actos que la originaron y las consecuencias de esta. Con base en lo señalado, se puede indicar que los actos lesivos plausibles de ser aludidos a las entidades demandadas son las emisiones de una serie de actos administrativos; no así las consecuencias de la actividad minera -como la contaminación o las amenazas- porque ello correspondería a los particulares titulares de las concesiones.

67. Dicho esto, y siguiendo a Mesía Ramírez (2013, p.759), se concluye que los actos administrativos observados son actos consentidos o firmes que surtieron efecto una vez fueron notificados a los particulares interesados en ellos, frente a los cuales no procede una demanda de amparo. Las concesiones y licencias de uso de agua, como actos lesivos alegados, deben acarrear la vulneración cierta de derechos constitucionales, que en este caso serían los derechos a la consulta previa, propiedad comunal y autodeterminación.

En cuanto a los predios rurales

68. En un punto aparte debe ser analizado el caso de los actos administrativos que adjudicaron predios rurales en favor de terceros. Como se señala líneas arriba, la única información que se ha extraído del escrito de demanda es que estos once (11) predios habrían sido adjudicados por el GORE Madre de Dios

en favor de terceros, en el marco del Decreto Legislativo n.º 1089, y que serían empleados para la actividad minera.

69. Como ya se ha señalado, en el caso de estos predios se tiene que abordar la propiedad bajo el régimen civil. Así, en este punto se debe diferenciar los actos administrativos que adjudicaron propiedad en favor de terceros sobre estos predios, de los actos administrativos que otorgaron derechos de aprovechamiento a terceros, en el marco de concesiones mineras y licencias de uso de agua. En el primer supuesto, se está abordando el régimen civil de propiedad privada; en el segundo, constituye un régimen administrativo donde el Estado peruano posee dominio eminential.
70. El Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Civil y Familia de setiembre de 2016, decidió que **la vía civil es la idónea para evaluar la nulidad los títulos de propiedad otorgados por instituciones estatales, a través de un proceso contencioso administrativo**. Traer a colación lo decidido por este Pleno Jurisdiccional es pertinente si tenemos en cuenta que la voluntad de la Comunidad Nativa Tres Islas es revocar los derechos otorgados a terceros ajenos a su colectivo, dentro de su propiedad comunal.
71. El Pleno Jurisdiccional señaló:
[...] Título de Propiedad otorgado por una Autoridad Administrativa es un Acto Jurídico, la impugnación de los actos jurídicos se efectúa en la vía judicial, a través del proceso de conocimiento, **la nulidad de actos jurídicos debe fundarse en las causales de nulidad contenidas en el artículo 219 del Código Procesal Civil**, [...] (resaltado agregado).
72. Con lo citado se afirma que la demanda, en el extremo referido a los predios agrícolas, debió ser declarada improcedente bajo el artículo 5.2 del CPC, debido a que es claro que la vía idónea es la vía judicial, bajo las reglas del Código Civil, y no bajo un amparo.

- **Resolución del primer problema principal**

73. En cuanto a si debió proceder la Acción de Amparo para solicitar la nulidad de los actos administrativos que concedieron las concesiones mineras, licencias de uso de agua, así como los actos jurídicos que adjudicaron los predios agrícolas en favor de terceros, nuestra posición es negativa: **la demanda debió ser declarada improcedente, en función al artículo 5.2 del CPC.**

- **Posición respecto de lo decidido por la Sala**

74. Si bien es cierto que el CPC otorgó un carácter excepcional a la Acción de Amparo y, por lo tanto, residual (Eguiguren Praeli, 2007, p.236), es con el precedente vinculante “Elgo Ríos”⁹ que el Tribunal Constitucional estableció una serie de criterios que nos permiten analizar la pertinencia de la acción de amparo en el caso concreto.

75. Así, para el Tribunal Constitucional deben concurrir cuatro (4) criterios para determinar que una vía procesal específica es igualmente satisfactoria que el Amparo. Esta convergencia entre los criterios es necesaria debido a que, si no se cumple con alguno de ellos, entonces la vía idónea será la Acción de Amparo (Liñán y Cocchella, 2022). Estos criterios son los siguientes:

- 1) La estructura de la vía procesal resulta idónea para la tutela del derecho.
- 2) La resolución por emitir brinda la tutela adecuada.
- 3) No existe riesgo de que se produzca irreparabilidad.
- 4) No existe necesidad de una tutela urgente, debido a la relevancia del derecho o la gravedad de las consecuencias.

76. En su Resolución, la Sala se remitió directamente al tercer criterio señalado en el párrafo anterior -indicando la existencia de riesgo de irreparabilidad en el presente caso- para considerar que la Acción de Amparo sí era la vía adecuada. En su análisis, la Sala señaló que puede producirse una situación de irreparabilidad del derecho invocado por la parte demandante, basado en que los hechos se encuentran vinculados a actividades mineras -legales e

⁹ Sentencia de fecha 12 de mayo de 2015, emitida por el Tribunal Constitucional respecto del Expediente N.º 02383-2013-PA/TC.

ilegales- que acarrear la inminencia de un daño al ecosistema y los habitantes de la comunidad. A esto, la Sala añadió que los demandados no han acreditado actividades de control de la actividad minera, así como sobre el uso de los predios rurales y el agua por parte de terceros dentro de la Comunidad.

77. Finalmente, la Sala recogió lo indicado por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de fecha 25 de octubre de 2010 (Expediente n.º 906-2009-PA-TC), para enfatizar la situación especial de alta vulnerabilidad en la que viven los pueblos indígenas, la que hace necesaria una tutela urgente ante la transgresión de sus derechos.

78. En cuanto a lo resuelto por la Sala, se tiene la posición de que esta debió establecer clara y correctamente los derechos alegados como vulnerados con los actos lesivos que los habrían ocasionado. Así, dando un paso atrás, se habría determinado que los actos administrativos emitidos -que habrían vulnerado los derechos a la consulta previa y autodeterminación- eran actos firmes.

79. Se entiende la alegación al precedente vinculante “Elgo Ríos” para señalar la situación de riesgo de irreparabilidad de Tres Islas para, de esa manera, proseguir con el análisis de fondo en el presente caso. No obstante, bajo los hechos detallados y el análisis realizado hasta este momento, se puede afirmar que **la presunta irreparabilidad provendría de la contaminación por mercurio producto de la actividad minera dentro de Tres Islas, esto es impactos en el ambiente y salud que no le son atribuibles a las entidades demandadas, sino a los particulares titulares de los derechos de concesión minera.**

80. Como se ha fundamentado, los actos administrativos que dieron origen a las concesiones mineras y las licencias de uso de agua son actos consentidos, entre los años 2008 y 2011. En tal sentido, la demanda de amparo excedió el plazo de sesenta (60) días establecido en el artículo 44 del CPC, por lo tanto, aun con base en el supuesto negado de la existencia de un riesgo de irreparabilidad, **la demanda debió ser declarada improcedente.**

81. Se coincide con Mesía Ramírez (2013, p.757) cuando señala que es responsabilidad del demandante o afectado el ser diligente y presentar ante la jurisdicción correspondiente el presunto acto lesivo, de manera oportuna (antes del cumplimiento del plazo). El amparo constituye un proceso de tutela rápida y eficaz, por lo que la demora del parte demandante puede resultar contraproducente para él mismo.

V.2. Segundo problema principal: ¿Es exigible el proceso de consulta previa respecto del otorgamiento de derechos en favor de terceros de manera previa a la vigencia de la Ley de Consulta Previa pero posterior a vigencia del Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo?

82. Si bien se considera que el sentido de la Resolución debió ser calificada como improcedente, también se considera como punto importante analizar el fondo del petitorio de la parte demandante. Como lo hemos señalado, la Comunidad Nativa Tres Islas solicitó la nulidad de tres tipos de derechos relacionados a la actividad minera, alegando que no se había respetado el derecho a la consulta previa.

83. En la anterior sección se detalla que parte de los actos administrativos observados por la comunidad fueron emitidos entre los años 2008 y 2011; es decir, antes de la vigencia de la Ley n.º 29785, del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios¹⁰; pero con posterioridad a la entrada en vigor en Perú del Convenio n.º 169 de la OIT, esto es el 2 de febrero de 1995.

84. Tal como se detalla en la sección de hechos principales, tanto el Juzgado como la Sala declararon la nulidad de los derechos en favor de terceros, fundando su argumento en el hecho de que estos no habían sido sometidos a un proceso de consulta previa. Es por ello por lo que cabe preguntar si acaso la consulta previa constituyó un derecho exigible al momento de emitir los actos

¹⁰ La Ley N.º 29785 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de setiembre de 2011 y entró en vigor 90 días después.

administrativos observados, a pesar de que la Ley de Consulta Previa no se encontraba en vigor.

85. Para responder el segundo problema principal, primero se debe dar respuesta a los siguientes cuestionamientos.

- **¿Cómo se regula el uso de recursos naturales en el Perú?**

86. De acuerdo con el artículo 66 de la Constitución los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento; es decir, conforme señala Pulgar-Vidal (2011, p. 21; 2009, p. 462), el Estado peruano actúa como administrador de los recursos naturales con la facultad de otorgar derechos de acceso sobre ellos en favor de terceros interesados, sin que esto signifique que el Estado deje de poseer su facultad de dominio. A este derecho o facultad del Estado se le conoce como dominio eminential.

87. Siguiendo con el artículo 66 de la Constitución, en este se indica que las condiciones de la utilización y otorgamiento a terceros se establecen mediante ley orgánica; esto es en el ordenamiento jurídico peruano, mediante la Ley Orgánica de Aprovechamiento de Recursos Naturales (en adelante, LOARN). La LOARN, a su vez, establece que el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural se desarrollará en leyes especiales.

88. En el ordenamiento jurídico peruano, existen una serie de normas especiales que regulan la gestión de los recursos naturales, tales como el suelo, el agua, minerales, flora, fauna, etcétera. En el presente informe nos enfocaremos en dos (2) de ellos: uno mineral (oro) y el agua, por la concesiones mineras y licencias de uso de agua, materia de la controversia, respectivamente. En cuanto a los predios agrícolas, -en tanto no están referidos a recursos naturales- su regulación tiene distinta naturaleza, por lo que se analizarán en otra sección.

Concesiones mineras

89. Líneas arriba se señala que las concesiones mineras son actos administrativos que otorgan al titular el derecho de realizar actividades de exploración y explotación minera en un área delimitada. Es importante recalcar que obtener un título de concesión no autoriza al administrado a realizar actividades mineras en sí mismas (actividades de exploración y explotación), lo que lo caracteriza como un derecho de naturaleza expectaticia con respecto del administrado. De manera previa, el administrado deberá gestionar y agenciarse otros certificados (Ipenza Peralta, 2012, p. 33-34):

- Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA).
- Certificación Ambiental (Declaración de Impacto Ambiental o la Estudio de Impacto Ambiental semidetallado).
- Permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno.
- Otras licencias (como la licencia de uso de agua).

Licencias de uso de agua

90. Líneas arriba se señala que la licencia de uso de agua es un acto administrativo que le otorga al administrado la facultad y autorización de utilizar el agua para una actividad y lugar determinados. En este caso, a diferencia de la concesión minera, con la licencia de uso de agua el administrado no requiere de otros permisos o títulos para que ejerza su derecho de uso.

- **¿Cuáles son las normas que regulan los predios agrícolas en el Perú?**

91. Los predios agrícolas, o mejor entendidos como tierras destinadas al uso agrario, se encuentran regulados por leyes específicas del régimen agrario. Es así como actualmente, las normas vigentes referidas a las tierras agrícolas son la Constitución (artículos 70 y 88), la Ley de Tierras -mencionada párrafos arriba- y el Decreto Legislativo n.º 653, Ley de promoción de las inversiones en el Sector Agrario (Gonzales Barrón, 2023, p. 104).

92. Ahora bien, como señalamos líneas arriba, de la información contenida en la Resolución, así como en la resolución de la primera instancia y la demanda, poseemos información de cuál es el origen de la propiedad de los terceros sobre cada uno de los once (11) predios agrícolas materia de la presente controversia. El origen de la propiedad y posterior adjudicación puede haber sido un contrato entre privados, prescripción adquisitiva, herencia u otra figura. Otra posibilidad o escenario de adjudicación de tierras agrarias es la venta desde el mismo Estado peruano a particulares.

93. Siguiendo a Gonzales Barrón (2023, p.110), de haberse dado el caso de un contrato entre privados, se trataría de un intercambio patrimonial regido por el Código Civil; mientras que se haberse dado la venta desde el Estado peruano, se trataría de tierras adjudicadas en favor de un tercero, por su estado de abandono, sustentado en el bien de común. Es decir, la función social de la propiedad en aras de hacer producir la tierra para asegurar la alimentación de las personas.

- **¿Cuáles son los derechos reconocidos a las comunidades nativas con relación a los recursos naturales dentro de su propiedad comunal?**

94. El artículo 17 de la LOARN reconoce el derecho de aprovechamiento en favor de las comunidades campesinas y nativas siempre que dicha actividad esté destinada a su subsistencia y/o usos rituales. A su vez, reconoce que dentro de los límites de la propiedad comunal pueden existir derechos de terceros.

95. En el ámbito internacional, se tiene el artículo 15.2 del Convenio n.º 169, el cual indica que los supuestos en que el Estado posea derechos sobre los recursos naturales 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 [...]"

96. El Convenio n.º 169 va más allá y reconoce que, en cuanto a los recursos naturales ubicados dentro de las tierras que ocupan, los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados por parte del Estado, de manera previa a la autorización para prospección o explotación de recursos naturales, esto con la finalidad de determinar en qué medida estas actividades afectarán los intereses del pueblo indígena.

- **¿En qué consiste el derecho a la consulta previa en favor de los pueblos indígenas?**

97. De acuerdo con Zambrano Chávez (2013, p. 79), el derecho a la consulta previa consiste en un diálogo intercultural, entre el Estado y uno o más pueblos indígenas, en el que se abordan medidas legislativas y/o administrativas que afectan de manera directa alguno de sus derechos colectivos. La finalidad de este diálogo es involucrar al colectivo indígena en la toma de decisiones, por tal sentido -y tal como el nombre del derecho lo señala- este proceso se debe realizar de manera previa a la implementación de la medida a consultar.

98. En el Perú, el Convenio n.º 169, que recoge lo referido al derecho a la consulta previa, se encuentra vigente desde el 2 de febrero de 1995 y la Ley de Consulta Previa fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de setiembre de 2011. Asimismo, su reglamento fue aprobado por Decreto Supremo n.º 001-2012-MC y fue publicado el 3 de abril de 2012.

- **¿Los actos administrativos que otorgaron las concesiones mineras, las licencias de uso de agua y los predios agrícolas debieron ser consultados?**

99. Se considera que **los actos administrativos que otorgaron las concesiones mineras y licencias de uso de agua sí debieron ser consultados**. Si bien la Ley de Consulta Previa no se encontraba vigente al

momento de expedir los actos administrativos -esto es entre el 2008 y 2011- debemos tener presente que el Convenio n.º 169 sí lo estaba, hacía al menos trece (13) años.

100. Con base en el Principio de Pacta sunt servanda, cuando un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional lo hace con la finalidad de cumplir lo allí estipulado (Salmón Garate, 2014, p. 188). Asimismo, conforme a lo indicado por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”.

101. Bajo el Principio de Pacta sunt servanda y lo recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena, se señala que el Estado peruano, a través de sus instituciones, tenía la obligación de garantizar y respetar, ejerciendo todas las medidas necesarias para el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, como uno de los puntos estipulados en el Convenio n.º 169.

Aún más si se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional ha reconocido que los tratados sobre derechos humanos, como lo es Convenio n.º 169 de la OIT, “[...] integran el ordenamiento jurídico [...] además, detentan rango constitucional”¹¹. El carácter constitucional que se le ha reconocido a este convenio internacional es crucial para responder la siguiente pregunta.

- **¿El hecho que no hayan sido consultados los actos administrativos demandados traería como consecuencia su declaración de nulidad?**

102. **Se considera que, de haber entablado la demanda de manera oportuna e idónea, sí se debía declarar la nulidad de los actos administrativos que otorgaron las concesiones mineras y las licencias de uso de agua, esto en tanto las causales de nulidad de cada uno de ellos es la contravención a la Constitución.**

¹¹ Fundamento jurídico 25 de la Sentencia recaída en los Expedientes N.º 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC.

103. Así, respecto de la concesión minera, se tiene que el artículo 148.2 del TUO de la Ley General de Minería indica que estos títulos habilitantes pueden ser objeto de causal de nulidad si son contrario a la Constitución. En el caso de las licencias de uso de agua, el artículo 70 de la LGRRHH señala que los derechos de uso de agua, entre ellos las licencias de uso de agua, se extinguen por la nulidad del acto administrativo que las otorgó. En este punto se debe hacer referencia al artículo 10 de la LPAG, el cual recoge las causales de nulidad de los actos administrativos, entre ellas, la contravención a la Constitución.

104. Si bien es cierto que el derecho a la consulta previa no se encuentra taxativamente enlistado en la Constitución, corresponde tener en cuenta lo señalado líneas arriba respecto a que el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados internacionales sobre derechos humanos ostentan rango constitucional y forman parte del ordenamiento nacional. En tal sentido, teniendo en cuenta que tanto para la concesión minera como para la licencia de uso de agua se hace referencia a la nulidad del acto administrativo cuando este contraviene la Constitución, el Convenio n.º 169 constituye una referencia constitucional para señalar que las concesiones mineras como las licencias de uso de agua son nulas.

105. En cuanto a la adjudicación de los predios agrícolas, se considera que estos no debieron ser declarados nulos por contravenir el Convenio n.º 169, en tanto estos no eran objeto de consulta bajo las consideraciones del citado convenio. Como se ha señalado líneas arriba, las medidas a consultar son todas aquellas administrativas o legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas.

106. En la presente controversia se desconoce el origen de las adjudicaciones de los predios en favor de terceros (compra-venta entre privados o una venta desde el mismo Estado). No obstante, se puede señalar que en el caso de tratarse de una transacción entre privados, donde no interviene el Estado, no

se trata de una medida que este deba consultar. Asimismo, en el caso donde es el mismo Estado el que genera la adjudicación en favor de un tercero, cabe resaltar -como se hizo líneas arriba- que se trata sobre predios en estado de abandono y, como tal, no afectaría a algún colectivo indígena y, por tanto, no cabría realizar consulta previa.

107. Señalado esto, se considera que Tres Islas -de haber sido diligente- pudo demandar la nulidad de las adjudicaciones en base al Principio de imprescriptibilidad de la tierra indígena señalado en el artículo 89 de la Constitución; mas no en base a la ausencia de consulta previa.

- **Resolución del segundo problema principal**

108. Con lo señalado hasta este punto, se puede afirmar que dentro del ordenamiento jurídico peruano ya existía el reconocimiento del derecho a la consulta previa, el cual constituye un derecho humano y cual funge de parámetro para determinar la nulidad de actos administrativos referidos a las concesiones mineras y licencias de uso de agua.

109. En cuanto a los predios agrícolas, se considera que los actos jurídicos y/o administrativos que dieron su origen no debieron ser declarados nulos con base al Convenio n.º 169; sino más bien, Tres Islas pudo demandar su nulidad bajo las consideraciones del artículo 88 de la Constitución, referido a la imprescriptibilidad de las tierras de las comunidades nativas.

- **Posición respecto de la Resolución**

110. Se concuerda con la decisión de la judicatura respecto de declarar la nulidad de las concesiones y licencias de uso de agua; mas no se puede expresar conformidad con relación a la nulidad de los actos que dieron origen a los predios agrícolas. Se rescata la finalidad de reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas por parte de la judicatura; no obstante, este tipo de fallos perpetúan la inseguridad jurídica, en especial en terceros de buena fe.

VI. CONCLUSIONES

- a) En cuanto al ámbito procesal, se considera que la demanda que dio origen a la Resolución debió ser declarada improcedente, debido a que el proceso de amparo no resultó ser la vía idónea para determinar la nulidad de los actos administrativos referidos a concesiones mineras, licencias de uso de agua y predio rurales.
- b) Siguiendo con el ámbito procesal, la Comunidad Nativa Tres Islas no fue diligente respecto de la fecha en que interpuso la demanda. El estar fuera de plazo constituye otra razón para haber declarado improcedente la demanda.
- c) En cuanto al fondo de la controversia, el Convenio n.º 169 de la OIT se encontraba vigente al momento de expedirse los actos administrativos referidos a las concesiones mineras y licencias de uso de agua, esto con base al Principio Pacta sunt servanda y el artículo 27 de la Convención de Viena.
- d) Siguiendo con el fondo del caso, se considera que los actos administrativos que dieron origen a las concesiones mineras y licencias de uso de agua sí pudieron haber sido declarados nulos -siempre que Tres Islas hubiera actuado de manera diligente e idónea- por no haberse realizado los respectivos procesos de consulta previa.
- e) En cuanto a los predios rurales, se considera que no debieron declararse nulos los actos que dieron su origen debido a que la consulta previa no les resulta vinculante por tratarse de tierras en estado de abandono y, por lo tanto, no relacionadas a pueblos indígenas. En todo caso, la Comunidad Nativa Tres Islas pudo haber basado su alegación en el carácter imprescriptible de sus tierras.
- f) Finalmente, se comprende y valora la voluntad de la judicatura al reconocer y avalar el derecho a la consulta previa de los pueblos

indígenas; sin embargo, a fin de fortalecer el respeto de los derechos de este colectivo, se considera que los operadores jurídicos deben actuar conforme a las reglas del ordenamiento jurídico nacional e internacional a fin de evitar mayores conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- Actualidad Ambiental (s.f.). *Minería y fiebre de oro*.
<https://www.actualidadambiental.pe/febremdd/>
- Eguiguren Praeli, Francisco (2007). El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable. *Pensamiento Constitucional*. 12, pp. 221-254.
- Gonzales Barrón, Gunther Hernán (2023). *Derecho Agrario*. Colección “Lo Esencial del Derecho”. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- Gutiérrez Yupanqui, Ilián (2014). Breve reseña de la concesión minera de exploración y explotación desde el punto de vista legal. *Revista del Instituto de Investigación de la Facultad de Minas, Metalurgia y Ciencias Geográficas (RIIGEO)*. 17(34), pp. 69-74.
<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/iigeo/article/view/11386/10224>
- Ipenza Peralta, César (2012). *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, Perú.
<https://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2012/10/Manual-para-entender-la-peque%C3%B1a-miner%C3%ADa-y-la-miner%C3%ADa-artesanal-II-Edici%C3%B3n.pdf>
- Landa Arroyo, César (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Colección “Lo Esencial del Derecho”. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- Liñán Arana, Luis Alberto y Cocchella, Alessandra (2022). *El Proceso de Amparo es un proceso residual ¿Cuándo debe iniciarse?*
<https://cms.law/es/per/publication/el-proceso-de-amparo-es-un-proceso-residual.-cuando-debe-iniciarse>

- Diálogos Ambientales con la Prensa (2013). *Minería Ilegal*.
https://www.minam.gob.pe/prensa/wp-content/uploads/sites/44/2013/12/dialogo-con-la-prensa-2_Minereia_ilegal.pdf
- Mongabay Latam. (2020, 10 de noviembre). *¿Cuáles son las consecuencias de la minería ilegal de oro?* [Video] YouTube.
<https://www.youtube.com/watch?v=IQEWfQJNDME>
- Proyecto Prevenir (2021). *Infografía: La larga cadena del oro ilegal en Madre de Dios*.
<https://preveniramazonia.pe/mineria-ilegal-madre-de-dios/>
- Pulgar-Vidal Otárola, Manuel. (2011). "Promoviendo la Gobernanza en el acceso y aprovechamiento de los recursos naturales". Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES), Universidad San Martín de Porres (USMP) y Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).
https://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2011/05/promoviendo_gobernanza_mpv.pdf
- Pulgar-Vidal Otárola, Manuel. (2009). El aprovechamiento de los recursos naturales y el uso del territorio. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), pp. 462-470.
- Samín Ros, Carla. (2021). *Estragos y remanentes del "Salvaje Oeste" peruano*.
https://www.swissinfo.ch/spa/per%C3%BA-miner%C3%ADa_estragos-y-remanentes-del--salvaje-oeste--peruano/47005748#:~:text=En%20Madre%20Dios%20se%20produce,solo%20el%2010%20%25%20es%20legal
- Salmón Gárate, Elizabeth. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- Plataforma digital única del Estado peruano (2023). Registro Integral de Formalización Minera – Reinfo.
<https://www.gob.pe/es/8487-registro-integral-de-formalizacion-minera-reinfo>
- Zambrano Chávez, Gustavo (2013). Aproximación a la noción de derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas elaborado a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios sobre la propiedad*, Giovanni F. Priori Posada (Editor), Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), pp. 53-89.

SALA CIVIL

EXPEDIENTE : 00675-2017-0-2701-JM-CI-01
MATERIA : ACCION DE AMPARO
RELATOR : ANELA V. IKEDA CHAVEZ
PROCURADOR PUBLICO : PROCURADOR PUBLICO DE LOS ASUNTOS
JUDICIALES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO,
PROCURADOR PÚBLICO DEL GOBIERNO REGIONAL DE MADRE DE
DIOS,
DEMANDADO : TRIBUNAL NACIONAL DE RESOLUCIONES DE
CONTROVERSIAS HIDRICAS TNRCH DE LA AUTORIDAD NACIONAL
DEL AGUA ANA,
GOBIERNO REGIONAL DE MADRE DE DIOS,
DEMANDANTE : LA COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS
DEBIDAMENTE REPRESENTADA POR SU PRESIDENTA VILMA PAYABA
CACHIQUE,
JUEZ PONENTE: PUENTE BARDALES

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N° 28

Puerto Maldonado, veintisiete de febrero
del año dos mil diecinueve.

VISTOS

Recurso de apelación de fecha 23 de enero 2019, interpuesto por Reynaldo Patiño Fuertes, Procurador Público Adjunto de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura y Riego en representación de la demandada Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas-TNRCH- de la Autoridad Nacional del Agua-ANA. Recurso de apelación de fecha 18 de Diciembre 2018 presentado por Pedro Miguel Galicia Pimentel Procurador Público del Gobierno Regional de Madre de Dios, contra la sentencia

emitida por resolución número 20 de fecha 11 de diciembre del 2018 que declaro fundada la demanda en parte.

I.- ANTECEDENTES:

Por escrito de fojas ciento cincuenta y siete y siguientes, se interpone demanda de acción de amparo contra el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas -TNRCH de la Autoridad Nacional del Agua y el Gobierno Regional de Madre de Dios, con emplazamiento al Procurador del Ministerio de Agricultura y al Procurador del Gobierno Regional de Madre de Dios, solicitando respecto del Gobierno Regional de Madre de Dios: 1) Se declare para el gobierno regional de Madre de Dios la nulidad de los actos administrativos que, inconsultamente, otorgan concesiones mineras a terceros dentro del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, y de los actos administrativos subsecuentes. 2) la nulidad de los actos administrativos que, inconsultamente, adjudican predios en el territorio de la comunidad demandante. 3) Cese de toda actividad derivada o vinculada a concesiones mineras otorgada sin consulta previa a la Comunidad; 4) Se ordene el apoyo de la fuerza pública para la expulsión de todos los terceros, concesionarios o adjudicatarios que han ingresado sin autorización de la Comunidad; 5) Se ordene la restitución de cosas al estado anterior a la violación y, en consecuencia: a) La descontaminación de aguas, aire y suelos; b) La reparación de suelos, recursos destruidos, y de todo el hábitat afectado; c) La recuperación de la salud integral afectada a raíz de las actividades materia de esta acción; y, d) La provisión de fuentes de agua y alimentación seguras mientras se garantiza la recuperación plena de todo el hábitat; Para la Autoridad Nacional del Agua: 1) Se declare el vicio de nulidad de las resoluciones administrativas que otorgan autorizaciones y

licencias de uso de agua superficial dentro del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, sin consulta previa y sin garantía de la vida e integridad;

2) Se ordene el cese de uso de aguas por parte de terceros beneficiarios de autorizaciones o licencias de uso de agua que tienen vicio de nulidad; 3) Se ordene la restitución de cosas al estado anterior a la violación, y, en consecuencia: a) La descontaminación de los recursos hídricos; b) La recuperación y atención de la salud integral afectada a raíz de la contaminación del agua por mercurio y otros metales pesados; c) La provisión de fuentes de agua segura mientras se garantiza la descontaminación de los recursos hídricos; y, d) La provisión de alimentación segura mientras se garantiza que los pescados no se encuentran contaminados con mercurio; y accesoriamente, se ordene el pago de costas y costos y remitir copias de los actuados en este proceso al Ministerio Público, a fin de que éste inicie las investigaciones contra los funcionarios y terceros que resulten responsables por la comisión de los delitos de omisión de funciones al no haber realizado la consulta previa, abuso de autoridad por adjudicar predios de propiedad de la Comunidad, delitos contra la vida e integridad individual y colectiva y de lesa humanidad, de conformidad con el artículo 8° del Código Procesal Constitucional, bajo apercibimiento de denuncia por omisión.

II. - FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1.- Recurso de apelación de sentencia del Procurador Público Adjunto de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura y Riego en representación de Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas-TNRCH- de la Autoridad Nacional del Agua-ANA. Se presenta el

23 de febrero de febrero de 2019, requiriendo que sea revocada y declarada improcedente o infundada señalando como fundamentos

a.- Vulneración al principio de la congruencia procesal.- El juez incorpora mandatos no propuestos en la demanda , la emisión de actos administrativos dando cumplimiento a la sentencia, declarando la nulidad de los actos emitidos en relación a concesiones mineras, adjudicación de terrenos y otros ,inmersos en la propiedad de la comunidad demandante. Dar atención de salud, tramitar el servicio de agua potable. Recomendación al Gobierno Regional de Madre de Dios no incurrir en situaciones similares.

b.- Inaplicación inmotivada del precedente vinculante Elgo Rios expediente 2383-2013-PA-TC.- apela al fundamento 17 donde dice que la determinación de la "vía igualmente satisfactoria", es aplicable a todos los procesos de amparo independientemente de su materia. La actora pretende la nulidad de actos administrativos que cuentan con vía satisfactoria para ese, fin como es el proceso contencioso administrativo.

c.- Vicio procesal insalvable al estimar una indebida acumulación de pretensiones.- afirma que no existe conexidad entre las pretensiones solicitadas de conformidad con el artículo 84 Código Procesal Civil, considera que las vías procedimentales de cada una de las pretensiones es diferente, por lo que se ha postulado una indebida acumulación de pretensiones que es causal de improcedencia.

d.- Infundada afectación de los derechos constitucionales de la demandante por parte de la Autoridad Nacional del Agua.- Erróneo criterio

del Aquo respecto del otorgamiento de derechos de uso de agua, sin previa consulta a la comunidad demandante.

e.- No se ha afectado el derecho a la consulta previa.- Se argumenta que la sentencia 22-2009-HC-TC define el derecho a la consulta previa y las etapas del proceso de consulta, por lo que antes de eso no hay desarrollo constitucional respecto a este derecho. Agrega que las resoluciones administrativas cuya nulidad se persigue son anteriores a la ley de consulta previa 29785. Lo que correspondía a un situación como esta hubiese sido: que primero se tendría que dar inicio de consulta previa "dado que el demandante pretende desconocer todo acto administrativo otorgado por el Estado incluso antes de la implementación de la ley de Consulta Previa y que involucra bienes que además son propiedad del Estado".

f.- sobre la infundada vulneración del derecho a un medio ambiente sano equilibrado por parte de la Autoridad Nacional del Agua.- Aceptando que se ha acreditado el perjuicio de la actora a diversos derechos : vida integridad, salud ,identidad étnica, su demanda debe dirigirse no contra su representada sino contra la persona responsable de estos agravios. El dar licencias de agua no causa esos perjuicios, estima que los causantes son la práctica de la minería ilegal en la extracción.

g.- De la propiedad territorial, personalidad jurídica y autonomía.- Ninguna norma nacional o internacional otorga el reconocimiento al derecho integral a la tierra y a los recursos naturales que invoca la actora. Lo que se hace extensivo al contenido del convenio 169 que no hace referencia a "territorio integral". Por lo que señala los pueblos indígenas no son titulares integrales de su territorio.

2.- Recurso de apelación presentado con fecha 18 de diciembre 2018, por el Procurador Público del Gobierno Regional de Madre de Dios Pedro Miguel Galicia Pimentel, solicitando "se revoque o se reforme la resolución materia de apelación". Afirmando como agravio que se ha perjudicado los derechos reales tutelados, de los concesionarios que tienen título habilitante vigente.

CONSIDERANDO:

III. REFERENCIAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Artículo 88° de la Constitución Política del Perú: *"El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta"*.

Artículo 89°: *"Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas"*.

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Artículo 1° del Código Procesal Constitucional: *"Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo (...)".* De igual modo el artículo 2° del citado cuerpo adjetivo dice que *"Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden 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. (...)".*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2012

146. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo

que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados¹.

147. Además, la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales²; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales, lo que puede exponerlos a condiciones de vida precarias o inhumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma³.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAY SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 2005

¹ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 124, 135 y 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párrs. 118 y 121.

² Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 164.

³ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párr. 73.61 a 73.74, y *Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párrs. 205, 207 y 208.

130. El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana. El Estado ratificó e incorporó el referido Convenio No. 169 a su derecho interno mediante la Ley No. 234/93.

131. Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras⁴.

137. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término "bienes" utilizado en dicho artículo 21, contempla "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e

⁴ Cfr. *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85, y *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra* nota 176, párr. 149.

incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor"⁵.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE 022-2009- AI-TC

"Por consiguiente, observándose que la norma bajo cuestionamiento permite interpretar que los alcances de su articulado excluyen a los Pueblos Indígenas, es de esta manera en que debe ser comprendida o interpretada la norma. En este sentido, y solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre los Pueblos Indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indignas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta."

EXPEDIENTE 025-2009-PI-TC:

"23. La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el

⁵ Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 176, párr. 144, y *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 176, párr. 122.

Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento."

EXPEDIENTE 1126-2011-HC-TC

"21. Pero esta visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural, esto es, tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas. Así, este Tribunal ya ha establecido en anteriores sentencias la relevancia que las tierras tienen para los pueblos indígenas. En efecto, en la STC 0022-2009-PI/TC, este Colegiado recogió e hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yakye Axa vs Paraguay*. Específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana estableció que "la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana" [fundamento 137 del caso *Yakye Axa vs Paraguay*]."

"22. Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88° y 89° de la Constitución], sin recoger el concepto de "territorio" de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13° que la utilización del término "tierras" debe incluir el concepto de "territorios". La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial,

mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas."

EXPEDIENTE 4870-2007 PA-TC:

"El Tribunal Constitucional ha señalado, que el proceso constitucional de amparo constituye en nuestro ordenamiento una herramienta procesal residual dirigida a tutelar los derechos fundamentales de la persona, diferentes a aquellos tutelados por el hábeas corpus y el hábeas data. Resulta ser pues, una potente herramienta contra el abuso que puedan cometer tanto particulares como la Administración."

IV.- ANALISIS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1.-La impugnación que se fórmula el fallo, en primer lugar por parte del Procurador Público encargado de los asuntos del Ministerio de Agricultura en representación de la demandada Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas-TNRCH- de la Autoridad Nacional del Agua-ANA, invocando:

Primero.- la vulneración al principio de congruencia en razón a que el Aquo habría en su sentencia, incorporado mandatos no propuestos en la demanda, como la emisión de actos administrativos en cumplimiento de la sentencia y

la de disponer dar atención de salud y tramitar servicio de agua adelante, consiste en una relación textual de contenidos de la demanda y la sentencia que incluye respectivamente el petitorio y la parte resolutive, sin ningún desarrollo explicativo acerca de cómo y porque se rebasa el petitorio y se incurre en incongruencia. Asimismo, las disposiciones referidas que se objetan se comprenden respecto a la ejecución del mandato y no resultan causal de incongruencia. Por ello resulta entonces sin fundamento de mérito lo alegado.

Segundo.- Se cuestiona la sentencia, por la presunta inaplicación inmotivada del precedente vinculante conocido como Elgo Ríos, dictado por el Tribunal Constitucional en el expediente 2383 - 2013 - PA-TC. Específicamente apela al fundamento 17, en cuanto se refiere a que debe cumplirse con la determinación de la vía igualmente satisfactoria. En tal sentido cabe referir que el mencionado fallo constitucional configura un esfuerzo por absolver la pregunta de cuándo se considera que se está en un asunto determinado, frente a una vía satisfactoria que excluye la pertinencia de plantear un amparo, sin embargo es del caso señalar que el mencionado precedente también ha considerado como uno de los criterios de análisis, las situaciones en las que se produce o puede producirse una irreparabilidad del derecho invocado y es en ese contexto precisamente, en el que se inscribe a juicio de este colegiado, el petitorio de la comunidad demandante, en tanto no se ha contradicho la actividad de mineros y otros agentes en tierras comunales y tampoco se ha sustentado que los entes demandantes, otorgantes de las concesiones estén ejerciendo o hayan ejercido alguna suerte de control de actividades tan sensibles para la conservación del medio ambiente .

A mayor abundamiento debe ponderarse que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia que expidió en el expediente 906-2009-PA-TC, sobre la especial situación de los pueblos indígenas como grupos expuestos alto grado de vulnerabilidad, que requieren por ello una tutela urgente ante la transgresión de sus derechos constitucionales. En tal sentido entendemos que se establece un criterio de especialidad que por su naturaleza, no constituye como se argumenta, un apartamiento respecto a un precedente vinculante.

Asimismo es un hecho público y notorio, la gravedad que significa la actividad minera informal o formal en la región de Tambopata Madre de Dios, cuando no se controla. La inminencia del daño ecológico lleva a la posibilidad de tornar en irreparable el daño al eco sistema y a los habitantes en este caso de la comunidad, motivos por los que el colegiado estima no tiene mérito alguno la alegación de la apelante sobre la presunta inobservancia del precedente Elgo Ríos.

Tercero.- La estimación de vicio procesal insalvable por indebida acumulación de pretensiones se fundamenta en el artículo 84 del Código Procesal Civil, se precisa de que no existe conexidad entre las pretensiones, asimismo se dice que las nulidades deducidas por la parte demandante respecto a las concesiones mineras y actos administrativos que perjudiquen los predios agrícolas deben verse en un procedimiento que va por la vía del contencioso administrativo y finalmente demanda que se ha cometido un abuso de autoridad contra los adjudicatarios agrícolas, a quienes no se les permitirá el derecho de defensa. En tal sentido, las alegaciones a partir del artículo 84 de la norma adjetiva civil, resultan insuficientes, ya que se limitan a exponer lo que para el apelante corresponde, pero con ausencia de

juicio de razón y fundamento jurídico que lo sostenga, quedando reducido a qué existe una indebida acumulación de pretensiones, porque les corresponde la vía del contencioso administrativo o de algún otro procedimiento administrativo. Finalmente la estimación dentro de este punto, acerca de un presunto abuso de autoridad en contra de los derechos de los concesionarios, excede el marco de la argumentación sobre una indebida acumulación de pretensiones y carece de todo mérito.

Cuarto.- La infundada afectación de derechos constitucionales de la actora, por erróneo criterio del juez respecto del otorgamiento de derechos de agua. En primer lugar en el punto 4.6 se relata de manera breve el informe que da cuenta de la existencia de derechos de agua otorgados en el sector de la comunidad demandada. En segundo lugar el punto 4.7 a partir de lo anterior decir que la judicatura debe tener en cuenta que es natural que el gobierno regional proceda a otorgar concesiones mineras. En tal sentido y cómo se advierte de lo expresado, no hay una sustentación específica o general de lo que denomina: infundada afectación de derechos constitucionales de la demandante, máxime cuando, se argumenta en defensa de tercero, pero se invoca defensa propia, al sostener que resulta natural que el Gobierno Regional de Madre de Dios haya procedido a otorgar concesiones mineras. Circunstancia que definitivamente queda fuera del ámbito del agravio para este ente estatal. Por esa razón el colegiado estima que la formulación este punto carece de fundamento y mérito debiendo desestimarse.

Quinto.- Sostiene el apelante como argumento contra la recurrida, que no se ha afectado el derecho a la consulta previa amparándose esta vez, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente número 22

2009 HC-TC, de la que dice, define el derecho a la consulta previa y las etapas estableciendo a partir de esta mención nominal, que antes que antes de este fallo no hay desarrollo respecto a este tema. Ello resulta, en el sentido en que se plantea, impertinente, pues como se ha señalado expresamente, en la parte final del considerando 56 la sentencia citada, la norma materia de la acción de inconstitucionalidad excluye de su aplicación a los pueblos indígenas y Es ésa la razón por que se declara infundada la demanda.

Sexto.- Sobre la infundada vulneración de derecho a un medio ambiente sano por parte de la Autoridad Nacional del Agua.

La apelante en este punto, no cuestiona los contenidos de la sentencia, sino los argumentos de la parte actora conforme se lee textualmente al inicio punto 1.4.2. La mención a la medida cautelar 132-2016 es un cita textual y la conclusión en este punto, de qué quién afecta los derechos fundamentales de la parte actora no es su representada, ni a quiénes se les otorgó licencia de uso de agua, sino los mineros informales, resulta un dicho de reconocimiento de los derechos violados a la demandante. Asimismo es menester revisar el texto de la recurrida, del que no se advierte un juicio de responsabilidad en el que como señala textualmente la apelante, se haya afirmado para la autoridad nacional del agua, una vulneración del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado. En tal sentido carece mérito lo que se postula en este punto.

Sétimo.- En este punto de la fundamentación del agravio se menciona que se ha advertido errores de hecho y de derecho en la sentencia y se ha verificado que la actuación de la autoridad nacional del agua se encuentra dentro de los cánones de nuestra legislación, añadiendo que corresponde a

esta sala revocar la apelada y finalmente indicando que la sentencia contraviene el principio de seguridad jurídica al haberse apartado del precedente caso Elgo Ríos. El colegiado advierte que no se han precisado los errores de hecho y derecho a que se hacen referencia, ni tampoco las razones por las que debe revocarse la apelada, y en cuanto al apartamiento supuesto, del precedente Elgo Ríos, se ha apreciado ya este tema, en los puntos anteriores, por lo que en este caso tampoco deviene en fundadas, las alegaciones de la apelante.

2.- En cuanto al recurso de apelación presentado por el Gobierno Regional de Madre de Dios cabe señalar que el agravio, surge del interés que tiene la parte o tercero legitimado en la litis, es una condición vinculante o hasta inherente al litigante que apela una resolución, en este caso una sentencia. Es por ello que se demanda al apelante que exponga con razón y suficiencia como afecta la sentencia a sus intereses. De tal forma que cuando repasamos el agravio sustentado por el representante del Gobierno Regional de Madre de Dios podemos comprobar sin esfuerzo, que carece de todo mérito, porque lo que supuestamente le causa agravio en los términos planteados, no es un perjuicio que individualiza o personaliza en los intereses de su representada, sino el perjuicio que causa a terceros innominados, a quienes denomina "concesionarios" con títulos habilitantes. La defensa de un interés ajeno planteada como propio por un ente estatal, demandado en juicio, en derecho, desnaturaliza por completo la pretensión impugnatoria, pues rompe ese equilibrio funcional que distingue el actuar del Estado en sus diferentes niveles para garantizar su correcta actuación. En este caso se defiende un interés innominado de derechos de presuntos "concesionarios mineros" a los que no se personalizó ni tampoco, se ha presentado alguna evidencia material de esa condición. Simplemente y

llanamente se asume por el Gobierno Regional que debe revocarse la apelada por que afecta derechos de estos concesionarios. Consecuentemente comprobadas en autos las omisiones glosadas y las demás consideraciones carecen de mérito probatorio los fundamentos de la Apelación.

V. - ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

1. La sentencia del Tribunal Constitucional expedida en la causa 1126 - 2011 HC-TC que declara nula la sentencia expedida por Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios que desestimó el habeas corpus planteado por la Comunidad de Tres Islas, del que se refiere, fue sustentado en que se venía : " ***...sufriendo la tala ilegal de madera por personas extrañas a la comunidad que están deforestado la zona; que su comunidad es víctima del deterioro del medio ambiente, la muerte de aguajales, plantas, peces, aves y animales del monte debido a la actividad de minería artesanal que vienen desarrollando personas no autorizadas por la comunidad, sin control medioambiental ni fiscalización alguna; y que dichas actividades han generado un deterioro general en sus condiciones de salud y trabajo...***" permite apreciar la oportunidad en que el órgano máximo de control constitucional, establece un enfoque en cuanto se refiere al tratamiento del instituto jurídico de la propiedad desde una mirada sociocultural. En tal sentido recoge principios y jurisprudencia internacional que sobre la base de la ancestralidad de los pueblos indígenas, permite visualizar una diferencia sustancial respecto de los atributos de la propiedad propiamente dicha en el tema civil, artículo 985 del Código Civil y sustancialmente también, al medio ambiente donde desarrolla su diario vivir. Reflexiona el Tribunal Constitucional, acerca del hecho de que estos entes son inclusive preexistentes la aparición del estado y que su relación con el medio ambiente donde habitan por generaciones, se

basa en una identidad espiritual y un respeto por el lugar en que habitan. Evidentemente este es un enfoque muy diferente al que se devenga de la propiedad por ejemplo urbana, en la que por lo general resultan aplicables de una manera diferente los atributos del uso goce y disfrute del bien. En tal sentido el Tribunal constitucional recoge la esencia del derecho de las comunidades, estimado en concordancia con la necesidad de preservar el medio ambiente como un derecho general que beneficia a toda la nacionalidad, esto en relación a que diferentes estudios científicos se decantan por la necesidad de conservar las áreas verdes como una forma de mantener el equilibrio ambiental en el mundo.

2. En este contexto, el derecho invocado por la comunidad demandante tiene que ser ponderado en los términos en los que ya la doctrina del máximo intérprete constitucional se ha decantado, y justamente ha sido aplicado a un caso que les atañe a los demandantes. Ello para comprender que es totalmente atendible señalar, que la violación a los derechos de propiedad de la demandante resulta en los términos de su postulación, un hecho material posible, amparable en el auxilio de la justicia constitucional.

3. Debe compulsarse a continuación, la posición de los órganos de gobierno y de gestión públicos que han sido demandados, los que en relación a los desarrollos jurisprudenciales de la sentencia 1126-2011-Hc-TC presentan posiciones reacias a asimilar el enfoque del tribunal Constitucional, que al establecer un nuevo enfoque del instituto de la propiedad, reconoce una relación indisoluble del respeto del estado constitucional por el derecho de los pueblos ancestrales, por lo que su posición procesal resulta contraria y desnaturalizante a esos criterios de obligatoria ponderación y si tenemos en cuenta que el derecho no es una disciplina inmóvil y desconectada de la

realidad, debiera observarse la prospectiva que en este momento guarda el Poder Ejecutivo respecto a restaurar no solamente el orden violado por la actividad minera ilegal en la zona de Madre de Dios, si no como un gesto de reivindicación, a los pueblos nativos. No de otra forma puede entenderse que se reconoce la existencia de una vinculación entre la integridad territorial y la integridad física espiritual y biológica de los habitantes de los pueblos indígenas, esto en el párrafo 8. Se trata de una nueva concepción del derecho de propiedad y su protección jurídica que naturalmente a juicio este colegiado colisiona con los argumentos que plantean los demandados.

4. Es un hecho público y notorio que no necesita probanza, que la actividad de la minería en Madre de Dios es preeminentemente ilícita y causa un grave daño ambiental y al hábitat de los habitantes de esta zona. Por ello corresponde advertir que el estado como garante de los intereses de la sociedad no está al margen de una situación de tal naturaleza, cuando la orientación y sentido de la Constitución Política del Estado, en cuanto a la protección del medio ambiente tiene en los desarrollos de la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, un reconocimiento preeminente del respeto al derecho de propiedad de las comunidades nativas, como parte de esa protección.

5. A mayor abundamiento, con anterioridad el Tribunal Constitucional, en su sentencia del nueve de junio 2010 expediente 22-2009-PI_TC señalaba de manera reiterada, la importancia capital del Convenio 169 de la OIT reconocido como parte de nuestro ordenamiento jurídico. De su contenido resulta muy importante, referirnos al punto catorce que desarrolla lo que el máximo interprete constitucional considera lo central de ese instrumento

internacional, y nos habla de que la protección que brinda, se centra en los elementos indispensables para garantizar "la existencia de los pueblos indígenas", vinculándolo con la necesidad de una regulación relativa a las tierras que ocupan. El Tribunal Constitucional aborda esta vez, el tema de la propiedad comunal a través del examen del derecho a la consulta previa, un mecanismo de protección contra el uso de recursos fuera del contexto de respeto por la condición inherente, que se reconoce entre el nativo y su relación con la naturaleza. De hecho la decisión, aunque no favoreció el reclamo de una violación de la consulta previa termina afirmando el derecho de propiedad de las comunidades nativas, al excluir sus territorios del Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales que se creaba.

6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyas sentencias tienen efecto vinculante para el Derecho Nacional, sigue la misma línea en su jurisprudencia, por ejemplo el caso Sarayaku contra el Ecuador la corte hace una estimación sobre la protección que merecen las tierras comunales y los mecanismos que ayudan a la preservación de su estatus, específicamente el mecanismo de la consulta previa y lo eleva al rango de un derecho que tienen estos pueblos, solamente por el hecho de existir como ya se ha mencionado, históricamente, con antelación al surgimiento del estado, entendiéndose en ese sentido, que no puede encasillarse la aplicación de este derecho al tema del cuándo, un estado ha expedido la ley correspondiente, para adelante. En tal sentido el Tribunal Constitucional tiene un fallo ilustrativo y de desarrollo del Convenio 169 como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El siete de marzo 2009 pronuncia sentencia en el expediente 25-2009 señalando lo siguiente sobre la consulta previa:

"...23) La exigibilidad del derecho a la consulta ,está vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 .."de la OIT... "Teniendo en cuenta que fue ratificado por nuestro país el 2 de febrero de 1994, tiene obligatoriedad que se decanta de un mandato que no puede constreñir la obligación estatal, con el argumento de la no existencia de un instrumento normativo interno de regulación de la consulta previa.

7. De manera extensiva a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano sobre la propiedad comunal nativa y sus especiales características, el Colegiado considera que la cosmovisión de los pueblos indígenas en su relación con la naturaleza, crea una circunstancia consustancial con la esencia del concepto de interés público y bien común en la preservación del medio ambiente, en tanto subsiste en estas colectividades como objetivo de vida, la conservación de bosques y selvas, en una relación de uso racional y primario de los recursos naturales , que garantiza tanto la conservación de estos espacios como el mantenimiento de un ecosistema equilibrado en beneficio del país. En tal sentido resulta justificada plenamente, la protección preeminente que el derecho le otorga.

CONCLUSIONES

1. Ha quedado establecido que se ha violado el derecho de propiedad de la comunidad demandante.
2. Ha quedado establecido que las entidades demandadas no han referido ni menos acreditado o individualizado los casos que refieren como

autorizaciones u otorgamientos de derechos de agua y concesiones mineras con forma y arreglo a ley, que sostienen en sus impugnaciones.

3. Ha quedado establecido que la contradicción a la sentencia vía recurso de apelación carece en ambos casos de fundamentos de mérito para su propósito.

4. Ha quedado establecido en el caso del Gobierno Regional de Madre de Dios la ausencia de una defensa de los fueros propios de la institución respecto de la imputación directa que se hace sobre ella, lo que se ha sustituido por la defensa de terceros ajenos.

5. Finalmente, es necesario concluir que debe observarse al resolver, la norma procesal constitucional, en cuanto ha precisado expresamente en el artículo uno, que la finalidad de los procesos como el amparo, es el de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho o disponer el cumplimiento de un mandato legal o un acto administrativo. Es atendible mencionar sobre el particular, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sancionado lo siguiente ***"los procesos constitucionales tienen por finalidad garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, materializando su tutela, al reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental invocado."*** (exp 1647-2007 PA-TC).

En tal sentido coligiéndose del examen de la demanda en los fundamentos de hecho, que en primer lugar se demanda la omisión de la realización de consulta previa libre e informada por parte del Estado peruano antes de otorgar concesiones mineras dentro de la propiedad territorial de la comunidad, y que se ha establecido una violación al derecho de propiedad de la demandante, es de razonable entender, proceder a la aplicación del

primero de los dos supuestos legales de la norma invocada, debiendo declararse lo que corresponde con arreglo a derecho.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, impartiendo justicia en nombre del Pueblo, de quien emana esta potestad conforme a lo previsto por el artículo 138 del texto constitucional.

RESOLVIERON:

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADOS los recursos de apelación interpuestos a fojas 735 y siguientes, por Reynaldo Patiño Fuertes Procurador Público del Ministerio de Agricultura y Riego, y de fojas 790 y siguientes presentado Pedro Miguel Galicia Pimentel Procurador Público del Gobierno Regional de Madre de Dios.

SEGUNDO.-CONFIRMAR EN TODOS SUS EXTREMOS la sentencia venida en grado, expedida con la resolución número 20 de fecha 11 de diciembre del 2018 que declaró fundada en parte la demanda de Acción de Amparo interpuesta por La Comunidad Nativa Tres Islas contra el Gobierno Regional de Madre de Dios y el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas-TNRCH- de la Autoridad Nacional del Agua-ANA, por vulneración de los derechos constitucionales a la propiedad territorial, autonomía afectación a la vida, la integridad física, salud ambiente y agua de los miembros de la comunidad demandante comunal; **INTEGRÁNDOLA: ORDENARON** se repongan las cosas, al estado anterior a la violación, es decir al momento de la omisión de la consulta previa por parte del estado, antes de concesionar u otorgar derechos en minería y aguas

respectivamente en territorios de la comunidad demandante, debiendo bajo responsabilidad cumplirse con las exigencias de la ley de consulta previa en el marco de la obligada concordancia con la Constitución del Estado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Convenio 169 de la OIT. DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen.

MENDOZA ROMERO

COSIO MUÑOZ

PUENTE BARDALES.

