



PODER
JUDICIAL

Corte Superior de Justicia de San Martín
Juzgado Civil de la Provincia De Lamas

EXPEDIENTE : 2019-043-AA
DEMANDANTE : GIDER SANGAMA TAPULLIMA; JAIME TAPULLIMA
PASHANASE Y WILLIAM GUERRA SINARAHUA.
DEMANDADO : MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM) y PERUPETRO
S.A.
MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO

En conclusión, esta judicatura, previo examen de proporcionalidad o ponderación, concluimos en los fundamentos precedentes: que, debe privilegiarse el derecho fundamental a la consulta previa junto al correlato de todos los derechos fundamentales sociales y de primera generación, que se encuentran garantizados con su cumplimiento. Que, resultaría, en realidad injustificada la optimización del contrato ley, toda vez que, de esta forma contractual, no aparece con claridad cuál es el derecho fundamental que garantiza, y tal como fue advertido con detenimiento, tampoco resulta ser un derecho que compagine con armonía en el modelo de Economía Social de Mercado que ha adoptado nuestra Constitución.

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE

Lamas, treinta de setiembre
Del año dos mil veintidós. -

AUTOS Y VISTOS; Del proceso seguido por GIDER SANGAMA TAPULLIMA; JAIME TAPULLIMA PASHANASE Y WILLIAM GUERRA SINARAHUA contra MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM) y PERUPETRO S.A., sobre Acción de Amparo.

I. DE LA ETAPA POSTULATORIA.

1.1. Mediante escrito de fojas 411 a 448, GIDER SANGAMA TAPULLIMA; JAIME TAPULLIMA PASHANASE Y WILLIAM GUERRA SINARAHUA, interponen **demanda** de amparo, contra MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM) y PERUPETRO S.A., teniendo como pretensiones las siguientes: **a)** Declarar fundada la demanda de amparo y ordenar el cese de la amenaza y/o violación



de los derechos a la consulta, al consentimiento, al territorio, a la salud, a la identidad cultural, y a vivir en un ambiente sano y equilibrado, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, en la Constitución Política del Perú y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; **b)** Ordenar a todas las autoridades del MINEM, y de Perupetro S.A. que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, dispongan suspender y/o abstenerse de realizar actividades de exploración del Lote 103 que se estén realizando o se vayan a realizar en las provincias de San Martín, Lamas, Moyobamba, Picota y Alto Amazonas, de los departamentos de San Martín y Loreto, que se encuentran fuera del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, Ello hasta que se realice un proceso de Consulta Previa a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado a las comunidades nativas que se encontrarían afectadas por la exploración del lote 103, cuya concesión nunca fue consultada; **c)** Declarar la nulidad del **Decreto Supremo N° 026-2004-EM**, de fecha 19 de julio de 2004, , y de los Decretos Supremos posteriores: **c.1.** Decreto Supremo N° 042-2006-EM, que aprueba la modificación del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103; **c.2.** Decreto Supremo N° 063-2007-EM, que aprueba la modificación del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103; **c.3.** Decreto Supremo N° 011-2010-EM, que aprueba la modificación del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103; **c.4.** Decreto Supremo N° 030-2014-EM, que aprueba la cesión de posición contractual en el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, por parte de PETROBRAS ENERGÍA PERÚ S.A., a favor de REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, SUCURSAL DEL PERÚ; **c.5.** Decreto Supremo N° 024-2018-EM, que aprueba la modificación del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, aprobado por Decreto Supremo N° 026-2004-EM modificado por los Decretos Supremos N° 042-2006-EM, N° 063-2007-EM, N° 011-2010-EM, y N° 030-2014-EM; **d)** Ordenar al MINEM y Perupetro S.A. que, en caso se decida suscribir un nuevo contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 103 y se realice un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, estos deben ser consultados y se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, toda vez que estamos ante un proyecto de gran impacto en los derechos de los pueblos Kichwas.; y, **e)** Ordenar al MINEM y a Perupetro S.A. disponga que ninguna empresa ingrese al territorio de los pueblos indígenas demandantes -y cualesquiera otras empresas que esté operando con ellos en virtud del contrato de licencia- mientras no se realice el proceso de consulta, con la finalidad de que se abstengan de la realización de cualquier actividad.

Asimismo, estas pretensiones se dieron bajo los siguientes fundamentos principales: **i)** Que, consideró como hechos lesivos;



- La omisión de Consulta Previa del Decreto Supremo N° 026-2004-EM, de fecha 19 de julio de 2004, se aprobó el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, ubicado entre las provincias de Alto Amazonas del departamento de Loreto y Moyobamba, Lamas, San Martín y Picota del departamento de San Martín, el cual fue suscrito entre PERUPETRO S.A. y OCCIDENTAL PETROLERA DEL PERÚ. INC., SUCURSAL DEL PERÚ.
- La omisión de consulta de la Resolución Directoral 360-2006-MEM/AE norma que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental para el Proyecto de Exploración Sísmica.
- La omisión de obtener el consentimiento previo libre e informado de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la Resolución Directoral N° 360-2006-MEM/AE (que aprobó el EIA del proyecto de exploración sísmica).
- La amenaza de inicio de exploración petrolera que afectarían el derecho al territorio, Identidad cultural, salud y ambiente equilibrado y adecuado de setenta y tres de los Pueblos Kichwas asentados en las provincias de Alto Amazonas del departamento de Loreto y Moyobamba, Lamas, San Martín y Picota del departamento de San Martín.

Además, **ii)** expone los siguientes derechos vulnerados:

- El derecho a la consulta previa, toda vez que se ha afectado el acceso a la misma.
- El derecho al consentimiento, en tanto, al no haber sido consultados, el pueblo indígena no tuvo la oportunidad de brindar su consentimiento, violándosele su derecho
- El derecho al territorio, por cuanto, las actividades exploratorias petroleras vulneran el acceso y uso del territorio de los pueblos Kichwa, pues sin consulta se ha dispuesto licencia de exploración sobre los territorios del pueblo indígena kichwa.
- El derecho a la salud, habida cuenta que, las actividades de exploración petrolera amenazan la estabilidad y calidad de vida de los pueblos Kichwa, a través de la contaminación del territorio y del impacto directo en la fauna y flora que conforman su alimentación diaria, de permitirse que se inciden tales actividades, lo que vulnera los principios de prevención y precautorio.



- 1.2.** La parte demandada PERUPETRO S.A., ha presentado excepción de prescripción; asimismo contesta la demanda, solicitando la improcedencia de la misma, en base a los siguiente fundamentos: **a)** Que, el proceso de amparo, es un proceso subsidiario, por lo que debieron optar por otra vía igualmente satisfactoria, como el contencioso administrativo; **b)** Que, la parte demandante, tiene la carga de la prueba, debiendo probar la vulneración que se alega, empero, el amparo no presenta una etapa probatoria; **c)** PERUPETRO, no ha vulnerado el derecho a la consulta previa, en tanto, recién a partir de la entrada en vigencia de la Ley se desarrolló el marco general interno para la aplicación del derecho a la consulta previa, consecuentemente, los hechos vertidos antes de dicha ley, no se encontraban obligados a la consulta previa; **d)** Que, no existe la obligación legal de someter a consulta previa los estudios de impacto ambiental; **e)** Que, PERUPETRO, no tenía la obligación legal de solicitar el consentimiento de los pueblos indígenas, en tanto, estas comunidades no gozan del derecho al veto; **f)** Que, los contratos de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos celebrados por PERUPETRO tienen naturaleza de contratos ley y gozan de una especial protección.
- 1.3.** La parte demandada REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, SUCURSAL PERÚ, ha presentado excepción de representación defectuosa o insuficiente de los demandados, de prescripción y de falta de legitimidad para obrar pasiva de Repsol Exploración S.A.; asimismo contesta la demanda, solicitando la improcedencia de la misma, en base al siguiente fundamento principal: **a)** Que, el proceso de amparo no cuenta como una etapa probatoria; pues, para acreditar la vulneración de los derechos pretendidos, es necesario una mayor intensidad probatoria que no corresponde al presente proceso. En su defecto, solicita la demanda se declare infundada, bajo los siguientes fundamentos de la demanda: **a)** Que, la demandada no ha vulnerado el derecho a la consulta previa y el consentimiento; toda vez que, este derecho no implica que los pueblos indígenas ostentan un derecho a veto. Además, que, la ley dispone que los actos y contratos anteriores a la vigencia de la ley, y dicha ley ha sido validada por el Tribunal Constitucional.
- 1.4.** La parte demandada MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, ha contestado la demanda, solicitando que la misma se declare infundada; en base a los siguientes fundamentos: **a)** Que, la aprobación del Contrato de Licencia de Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, fue suscrito antes de la vigencia de la Ley de Consulta previa, por lo que no existía el deber por parte del Estado de realizar el procedimiento de consulta previa; **b)** Que, si bien el Convenio 169 de la OIT, reconoce el derecho a la consulta previa, dicho Convenio no recoge un procedimiento de consulta previa, por lo que, son los gobiernos, los que deberán regular en sus leyes internas dicho procedimiento.



II. DECURSO PROCESAL

2.1. Mediante resolución número uno a fojas cuatrocientos cincuenta y uno a cuatrocientos cincuenta y dos, se declara inadmisibles las demandas, concediéndole el plazo correspondiente para que subsane las omisiones advertidas. En virtud de ello, y después de subsanado lo indicado, se admitió a trámite la demanda interpuesta, mediante resolución número dos de fojas quinientos cuatro a quinientos cinco, corriéndose traslado de la misma a los demandados, quienes presentaron excepciones y contestaron la demanda dentro del plazo establecido por ley. Asimismo, con fecha 26 de julio de 2021, Repsol Exploración Perú, solicitó la extromisión del presente proceso, y subordinariamente la conclusión del proceso, por lo que mediante resolución número seis, de folios ochocientos treinta y ocho a ochocientos treinta y nueve, se señaló fecha para audiencia única, la misma que fue reprogramada mediante resolución número siete, disponiéndose nueva fecha para la realización de dicho acto procesal, llevándose a cabo en la fecha dispuesta mediante resolución número diez de folios ochocientos setenta y tres, quedando los autos listos para sentenciar.

III. MEDIOS PROBATORIOS

3.1. **Del demandante:** Como documentales: **a)** Copia del mapa oficial expedido por MINEM o Perupetro S.A. del lote 103 en territorio de los pueblos indígenas Kichwas, donde se aprecia la vasta extensión del lote (f.); **b)** Copia de plano de todas las comunidades nativas existentes en el lote petrolero 103 (f.); **c)** Copia del mapa del lote petrolero 103 y la yuxtaposición sobre territorio de los pueblos Indígenas existentes en el mismo (f.); **d)** Copia del Decreto Supremo N° 026-2004-EM, de fecha 19 de julio de 2004, se aprobó el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, ubicado entre las provincias de Alto Amazonas del departamento de Loreto y Moyobamba, Lamas, San Martín y Picota del departamento de San Martín, el cual fue suscrito entre PERUPETRO S.A. y OCCIDENTAL PETROLERA DEL PERÚ, INC., SUCURSAL DEL PERÚ, adjuntando el testimonio que contiene el contrato (f.); **e)** Copia del Decreto Supremo N° 042-2006-EM; **f)** Copia del Decreto Supremo N° 063-2007-EM, que aprueba la modificación del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103 (f.); **g)** Copia del Decreto Supremo N° 011-2010-EM, que aprueba la modificación del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103 (f.); **h)** Copia del Decreto Supremo N° 030-2014-EM, que aprueba la cesión de posición contractual en el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, por parte de PETROBRAS ENERGIA PERÚ S.A. a favor de REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ. SUCURSAL DEL PERÚ, adjuntando el contrato en mención (f.); **i)** Copia del Decreto Supremo N° 024-2018-EM, que aprueba la modificación del Contrato



de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, aprobado por Decreto Supremo N° 026-2004-EM y modificado por los Decretos Supremos N° 042-2006-EM, N° 063-2007-EM, N° 011-2010-EM y N° 030-2014-EM; **j)** Copia del EIA del Proyecto de Perforación del proyecto de exploración sísmica a realizarse en la estructura Pihuicho - Lote 103, de conformidad con la Resolución Directoral N° 360-2006-MEM/AAE; **k)** Copia del Informe de la Dirección Regional de Energía del Gobierno Regional de San Martín, denominado Potencial Hidrocarburífero de la Región San Martín 2016; y, **l)** Copia del Catálogo del Registro Administrativo de Certificaciones Ambientales Estudios de la Región San Martín, provincia y distrito actualizado al 31/05/2019 del SENACE; **m)** Copia simple del mapa oficial expedido por MINEM o Perupetro S.A. del lote 103 en territorio de los pueblos indígenas Kictiwás.

- 3.2. De los demandado: I) De PETROPERU:** a) Ficha correspondiente al Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, de donde se aprecia que desde el año 2008 las actividades están paralizadas; **II) De REPSOL:** a) Copia simple del Decreto Supremo N° 026-2004-EM; b) Copia simple del Decreto Supremo N° 053-2007-EM; c) Copia simple del Decreto Supremo N° 030-2014-EM; d) Copia simple del Decreto Supremo N° 024-2018-EM; e) El Resumen Ejecutivo del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Proyecto de Perforación del Proyecto de Exploración Sísmica a llevarse a cabo en la estructura Pihuicho - Lote 103; f) Resolución Directoral N° 360-2006-MEM/AAE, que aprobó el EIA del Proyecto de Exploración Sísmica; **III) Del MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS:** a) copia fedateada de la Resolución Directoral N° 360-2006-MEM/AAE por la que se aprueba el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración Sísmica de la Estructura Pihuicho en el Lote 103; b) copia fedateada de la Resolución Directoral N° 458-2008-MEM/AAE.

IV. EXCEPCIONES

Previamente es menester pronunciarse sobre las excepciones planteadas por la parte demandada, así pues, veamos:

4.1. EXCEPCIÓN DE REPRESENTACIÓN DEFECTUOSA O INSUFICIENTE DE LOS DEMANDADOS

Respecto a esta excepción REPSOL sostiene en resumen lo siguiente:

- A)** Que, el señor Sangama Tapullima no contaría con representación de la Asociación Consejo Étnico de los Pueblos Kichwa de la Amazonía Llakatakuna Tantanakushka (en adelante “la Asociación”) puesto que este cargo venció el 21 04 2019, esto es hasta antes de la presentación de la demanda, que fue el 18 06 2019, y que, el nuevo presidente don Ely Tangoa Lancha fue designado para el periodo de mayo de 2019 a mayo de 2020.



B) Que, don Jaime Tapullima Pashanase representante de la Coordinadora de Desarrollo y Defensa de los Pueblos Indígenas de la región San Martín (en adelante solamente “la Coordinadora”), a la fecha de presentación de la demanda, ya no contaba con representación, puesto que la misma culminó el 21 04 2019, antes de la interposición de la demanda.

C) Que, la Federación de Pueblos Indígenas Kechwas de la región San Martín (en adelante solamente “la Federación”) don Willian Guerra Sinarahua tampoco contaba con representación de su organización puesto que, los estatutos inscritos en los registros públicos no indican que el presidente cuente con facultades procesales de representación, y que en todo caso debería contar con un acuerdo expreso de su máximo órgano para iniciar este proceso, lo cual no se encuentra acreditado en este expediente.

A folios 795, los demandantes absuelven las excepciones, expresando en resumen lo siguiente:

Que, al amparo de lo establecido en el artículo 40 del Código Procesal Constitucional, no es necesario que, para litigar en un proceso constitucional, la representación se encuentre necesariamente inscrita en el Registro Público, exigencia esta que hace la demandada con relación a la Federación.

Respecto a esta afirmación esta judicatura considera que, efectivamente el artículo 40 invocado, dice expresamente lo siguiente: ***“El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada”***. De otro lado, la parte excepcionante no ha precisado la norma en virtud de la cual resulta necesaria la observación de una determinada formalidad para que se encuentre válidamente emitido un poder de representación, en el caso de las comunidades nativas. Más aún, debe tenerse en especial consideración lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 40 del Código Procesal Constitucional vigente en la época en que se presentaron las excepciones, y estas fueron absueltas. Dice literalmente esta norma procesal lo siguiente: ***“asimismo, puede interponer demanda de amparo de cualquier persona o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”***. Lo cual significa que existe amplia flexibilidad procesal en lo que respecta a la representación para asuntos en los cuales se están ventilando derechos fundamentales aparentemente vulnerados.

Valga esta atingencia también, para resolver las otras alegaciones sobre posible representación defectuosa e insuficiente en el presente caso. Adicionalmente, deberá tenerse en consideración la numerosa jurisprudencia invocada al momento de absolverse las excepciones por la demandante.

4.2. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Con relación a la excepción de prescripción la parte demandante ha sostenido que, el contrato de licencia de titularidad de REPSOL es del año 2004 y que, el otro



documento a tenerse en cuenta que es el estudio de impacto ambiental es del año 2006, y que, por tanto, hasta el 28 de junio del año 2019 (fecha en que se interpone la demanda) han pasado varios años habiendo vencido el plazo de 60 días que establece el artículo 44 inciso 1 del Código Procesal Constitucional. La hipótesis planteada por los excepcionantes podría ser amparada solo si se tiene en cuenta el inciso 1) que ha sido invocado, guardándose silencio o negligente reticencia sobre las otras posibilidades establecidas en el Código Procesal Constitucional vigente en el momento de interposición de las excepciones y de absuelto este trámite. Consideramos que la revisión integral de la norma es imperativa, en virtud de ello, del examen de los demás supuestos, se tiene que, por lo menos dos de ellos justifican la procedibilidad de la demanda. Nos referimos al inciso 3 y 5 del Código Procesal Constitucional mencionado. En efecto, el inciso 3 señala lo siguiente: ***“Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.”*** En el supuesto de hecho planteado con la demanda, al tratarse de la omisión de la consulta previa y, de todo lo que ello afectaría respecto a determinados derechos fundamentales de las comunidades demandantes, se puede concluir que, la finalidad de la obligación previa de la consulta es para evitarse una secuela de posibles daños que se ocasionarían, **no con la firma del contrato de concesión propiamente, sino más bien, con la ejecución de este contrato en sus etapas sucesivas, hasta la explotación inclusive.** Es decir, lo que protege el derecho a la consulta previa es que, en el contrato de concesión se puedan establecer cláusulas que impidan daños o, se establezcan salvaguardas de protección sobre perturbaciones para el libre ejercicio de los derechos constitucionales reclamados por los demandados durante la etapa de exploración y de explotación.

En cuanto al artículo 44 inciso 5 de la norma bajo comentario, establece lo siguiente: ***“Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”***. Si tenemos en consideración que, literalmente hablando, la omisión a la consulta previa que se está reclamando como derecho es, semánticamente un acto omisivo. Y si, además se tiene en consideración, lo advertido con anterioridad, no queda duda de que, el agravio permanecerá hasta el momento en que se esté ejecutando la exploración en ejecución del contrato de concesión y sus sucesivas modificaciones. En consecuencia, esta excepción resulta igualmente improcedente.

4.3. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR PASIVA DE REPSOL

El fundamento medular de esta excepción radica en la naturaleza jurídica que tendría el demandado, respecto a la ejecución del contrato de concesión; el cual, según está planteado, se avoca únicamente a “prestar garantía” de cumplimiento de lo pactado. Así pues, veamos si esto es verdad:

- A.** Al momento de otorgarse la concesión por el Estado Peruano, no es parte la empresa demandada REPSOL. Inclusive al momento de firmarse el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 103, no es parte suscriptora la empresa REPSOL, la misma que es suscrita,



por PERUPETRO SA., en representación del Estado Peruano con la empresa Occidental Petrolera del Perú Inc., sucursal del Perú; interviniendo la Occidental Petroleum Corporation. Este contrato es aprobado por el Decreto Supremo N° 026-2004-EM.

- B.** Por Decreto Supremo N° 042-2006-EM, se aprueba la modificación y sesión de posesión contractual del contrato de licencia al que hicimos referencia con anterioridad. El extremo que interesa en este caso, es aquel en el cual la empresa Occidental Petrolera del Perú Ing., sucursal del Perú, en su condición de cedente cede su posesión contractual a favor de la empresa REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, sucursal del Perú, y a otra empresa que para el presente caso no tiene importancia. Es en mérito de este Decreto Supremo que la demandada REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ ingresa a la retahíla contractual, de la forma en que veremos posteriormente
- C.** En virtud del Decreto Supremo N° 063-2007-EM, se modifica nuevamente el contrato incorporándose en esta ocasión a la empresa Talismán Energy Inc., sin embargo, no se altera la situación jurídica de la empresa REPSOL.
- D.** Según Decreto Supremo N° 011-2010-EM, también se modifica nuevamente el contrato fortaleciéndose la naturaleza jurídica de la empresa Talismán Perú B.B., sucursal del Perú, quién resulta fusionando a dos empresas que no tienen ninguna relación con REPSOL, hasta ese momento. Consolidándose de esa manera la empresa antes indicada con la empresa REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, sin alterarse la situación jurídica de esta última.
- E.** Por Decreto Supremo N° 030-2014-EM, se aprueba la sesión de posición contractual de la empresa PETROBRAS ENERGÍA PERÚ SA., a favor de la empresa REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, sucursal del Perú, quedando fortalecida de esta manera la condición económica de la empresa REPSOL, sin embargo, su situación jurídica queda inalterada.
- F.** Finalmente, según Decreto Supremo N° 024-2018-EM, se opera la aprobación de la fusión por absorción de la empresa Talismán Perú B.B., sucursal Perú, por la empresa absorbente REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, sucursal del Perú, quedando de esta manera como única titular del contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 103.

En la concatenación de modificatorias que se efectuaron desde el momento en el que ingresa como parte contractual la demandada REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, hasta el momento en el que queda como única titular contractual no se ha ejecutado ningún acto jurídico que tenga como efecto subrogar la responsabilidad que la tuvo en todo momento. En efecto, los actos jurídicos que se realizaron con respecto a REPSOL, son concretamente dos:



1. El primero de ellos es, la cesión de posición contractual, acto según el cual, la empresa REPSOL cesionaria asume la responsabilidad contractual de las empresas cedentes. Ello, no solamente se desprende de lo establecido en los Decretos Supremos aprobatorios, en los cuales se manifiesta literalmente que, el artículo 17 del TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, señala ***“que estas cesiones conllevarán el mantenimiento de las mismas responsabilidades en lo concerniente a las garantías y obligaciones otorgadas y asumidas en el contrato por la contratista, resulta por añadidura que, esta institución jurídica de naturaleza civil se encuentra normada en el artículo 1435, expresando lo siguiente: “en los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual ...”.*** Una postura teórica conceptúa este acto de la siguiente manera ***“La cesión de posición contractual es un acto jurídico, concretamente un contrato para modificar (subjctivamente) una relación contractual preexistente, sin alterar su identidad. Así Bianca lo define como, “el negocio jurídico mediante el cual el titular de una relación contractual con prestaciones recíprocas aún no ejecutadas cedente se sustituye por un tercero (cesionario) con el consentimiento de la otra parte (cedido)”***¹. Lo importante en este caso particular es, que la cesión de posición contractual no modifica objetivamente al contrato, la modificación resulta ser puramente subjetiva, en segundo lugar, tal como se verifica en la norma, es imprescindible indicar que, el contrato no ha sido ejecutado total o parcialmente, la importancia que esta situación tiene es que, justamente al cesionario le toca la responsabilidad de ejecutar aquello que ha sido dejado pendiente totalmente o en una parte por el cedente. Es decir, la cesión no constituye un acto jurídico que extinga o modifique las responsabilidades adquiridas, primero por el cedente y después por el cesionario.
2. El otro acto jurídico es la fusión. En este caso tampoco mediante este acto se sustrae o exime de responsabilidad a las empresas fusionantes, condición esta en la que actúa la demandada REPSOL. Según el artículo 344 de la Ley General de Sociedades, respecto concretamente a la fusión por absorción que es aprobada por el Decreto Supremo N° 024-2018-EM, la ley dice, ***“La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas”.*** En realidad, como lo señala el profesor Hundskopf, la fusión en sus distintas formas, es un ***“fenómeno de concentración empresarial...”***². En efecto, la fusión como otra clase de actos jurídicos, como los contratos asociativos por ejemplo, tienen como razón de ser el fortalecimiento que genera la concentración de empresas para el

¹ Código Civil Comentado, Tomo VII (Contratos en General) Editorial Gaceta Jurídica, primera edición. Comentario a cargo de Luciano Barchi Velaochaga, pp. 555-558.

² Hundskopf Exebio, Oswaldo. Manual de Derecho Societario, Editorial Grijley, primera edición, p. 240.



cumplimiento de obligaciones de carácter económico, que no necesariamente alteraran jurídicamente la naturaleza misma de la empresa y el cumplimiento de sus obligaciones, de allí nace que al momento de ser fusionadas las empresas no se liquidan ni se disuelven, y como consecuencia de la fusión las responsabilidades de los socios son de carácter ilimitado por las deudas sociales, esto según el artículo 334 cuya remisión esta dictada por el artículo 361 de la Ley General de Sociedades. Además, como lo aclara Hundskopf Exebio, el bloque patrimonial no transmisible de la fusionada a la fusionante, se limitan únicamente los derechos u obligaciones personalísimas y aquellas que la ley expresamente prohíbe³. En definitiva, la fusión no sirve ni mucho menos para extinguir o modificar obligaciones de las empresas, mucho menos las que se deriven de relaciones con terceros.

Por estos motivos la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado REPSOL, resulta infundada.

V. IMPROCEDENCIA ALTERNATIVA SOLICITADA

De otro lado, la empresa demandada REPSOL, ha argumentado que, en cualquier caso, y si es que no prosperarán la excepciones debe declararse improcedente la demanda, habida cuenta que, el proceso de amparo, no cuenta con una etapa probatoria y que este estadio resultaría imprescindible, toda vez que, debe probarse la supuesta vulneración alegada.

Este argumento resulta de sencilla respuesta, puesto que, las acciones de amparo, que protegen derechos fundamentales, no solamente se limitan a proteger violaciones dañosas o vulneraciones ya efectuadas, sino también, *ex ante*, protegen la amenaza de violación de un derecho constitucional, si a esto se añade que, los derechos ambientales son cautelados por el principio denominado PRECAUTORIO, según lo dispone el artículo 5 de la Ley 29845, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, modificado por la Ley 29050, se tiene como orientación general que, la finalidad del principio precautorio es la protección del ser humano y del medio ambiente respecto a los riesgos que entraña la actividad humana mediante el ejercicio de control anterior al daño, de manera preventiva. Es decir que, en un caso como el nuestro, la actividad explotación de hidrocarburos resulta sin duda alguna una actividad altamente riesgosa debido a la actividad petroquímica que se genera para la obtención comercial de los hidrocarburos, peor aún, al momento de realizarse el transporte de estos productos. Los innumerables derramamientos de este producto industrial son de público conocimiento, basta señalarse el derramamiento del producto en las costas de Perú próximas al distrito de Ventanilla, el 15 de enero del año 2022, el mismo que ocasiono una grave crisis ambiental, lo rutinariamente acontecido en el Datem del Marañón (Loreto). Ello,

³ Ob.cit p. 243



contando que entre el año 2000 y 2019 se ha registrado, nada menos que 474 derrames de petróleo en los lotes petroleros de la Amazonía y el Oleoducto NorPeruano⁴, lo cual significaría que en la selva peruana ocurre un derrame de hidrocarburos casi cada semana.

VI. EXTROMISIÓN ALTERNATIVAMENTE SOLICITADA POR LA DEMANDA REPSOL

Adicionalmente, la demandada REPSOL ha solicitado la extromisión del proceso manifestando que, con posterioridad a la demanda han ocurrido hechos que habilitan solicitar la extromisión de REPSOL o subsidiariamente la conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, por haber operado la sustracción de la materia. A tal efecto, presentan dos anexos. Respecto a este asunto debemos mencionar que, además de los fundamentos de los acápites sobre la falta de legitimidad para obrar de la demandada REPSOL y otros que resultan pertinentes, a efectos de la extromisión concretamente debe aplicarse el artículo 107, del Código Procesal Civil, el cual trata de esta institución procesal. Dice así la norma en cuestión, *“excepcionalmente, en cualquier momento el juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que, el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia”*. Sobre este asunto, el magistrado y tratadista Héctor Lama More expone lo siguiente *“este medio procesal no aplica para la parte procesal, sino para un tercero; por ello, si se declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar y, por ello la parte que inicialmente fue demandada, deja de serlo, ello no significa que estemos frente a un supuesto de extromisión, sino de exclusión del proceso a quien fue inicialmente parte procesal por no integrar la relación sustantiva pasiva ... Se trata de la separación de un tercero legitimado, no aplicando a quien ha sido o es parte procesal que, habiendo sido incorporado al proceso por intervención voluntaria o coactiva carece del derecho o interés que legitimaba su intervención”*. Jurisprudencialmente, (apelación N° 049-2003-Arequipa), se ha dicho lo siguiente, *“la extromisión es una figura procesal aplicable a un tercero legitimado que es separado del proceso por resolución debidamente motivada del juez”*.

Resulta evidente que, en este caso, la demandada REPSOL no ha sido incorporada o legitimada como un tercero, sino que, más bien, desde un comienzo fue incorporada como parte, la misma que además tuvo la posibilidad, y de hecho lo hizo, de plantear una excepción de falta de legitimidad para obrar.

En relación a la emisión de una resolución inhibitoria por sustracción de la materia, no considera este Despacho judicial, que exista mérito para ello, tan solo con la documentación anexada, puesto que se encuentra latente en todo momento la necesidad de que tanto en la etapa de exploración seguida de la etapa de explotación, pueda tal como examinaremos con posterioridad afectarse derechos fundamentales de las comunidades nativas demandantes. No se precisa del texto y formalidad de los documentos, con certeza que, mediante los mismos se haya

⁴ Es.Mongabay.com



extinguido de manera definitiva el contrato de exploración y explotación que sirve de soporte principal a las actividades de la empresa demandada. De otro lado, se debe advertir que, con una carta simple, no puede darse por finalizado un contrato que ha sido aprobado por Resolución Suprema dictada por el Ministerio de Energía y Minas. Cualquier decisión definitiva respecto a la culminación contractual de los suscriptores del contrato a que hacemos referencia deberá observarse las mismas formalidades que se observaron al momento de su nacimiento.

VII. APARTAMIENTO DE DOS SENTENCIAS DICTADAS RECIENTEMENTE POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de reciente impronta señala lo siguiente:

“Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”

La norma procesal antes indicada, se refiere a que al momento de hacer interpretación de normas o reglamentos el juez debe precaver y tener en consideración la interpretación que a ese respecto haya realizado el Tribunal Constitucional. En este propósito es necesario aclarar, que, no toda interpretación realizada en una jurisprudencia constitucional es un precedente vinculante, pues para que lo sea, debe cumplirse con las formalidades establecidas en el artículo VI del Código Procesal Constitucional a que estamos haciendo referencia, el cual señala lo siguiente:

“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente...” (Subrayado y negrita nuestro)

El caso es que recientemente el Tribunal Constitucional, ha dictado dos sentencias inhibitorias que al no tener las características enunciadas no resultan vinculantes, admitiéndose la posibilidad de un apartamiento fundamentado, por tanto nos apartamos, fundamentando nuestro criterio de la siguiente manera

- a. El caso más antiguo se encuentra en el expediente N° 01171-2019-PA/TC (Loreto), en el que se discute prioritariamente el reconocimiento o constitución de derecho como persona jurídica de la demandante “Federación de la Nacionalidad Achuar”. No obstante, este extremo no resulta de trascendencia al presente caso concreto. Resultando sí el extremo en el cual ha depositado la razón de la declaración de improcedencia el Tribunal Constitucional es, fundamentalmente en el derecho de los pueblos originarios a la consulta previa, respecto a las tierras que poseen ancestralmente. Consecuentemente, este segmento de la controversia es el que debemos justificar razonablemente.



b. La primera cuestión, es que se ha dictado resolución de improcedencia por caminos distintos formulándose razones discordantes. En efecto, la ponencia estuvo redactada por la magistrada Marianela Ledesma, la misma que resulta planteando un voto discordante con el extremo que nos preocupa, puesto que en su ponencia no solo reconoce el derecho a la consulta previa, sino que también considera que este extremo de la pretensión debe ser estimado declarándose fundada en parte la demanda. El magistrado Espinosa Saldaña, al momento de fundamentar su voto reconoce enfáticamente el derecho constitucional de las comunidades campesinas y nativas al derecho que les asiste a la consulta previa, lo cual quedó plasmado en el fundamento 27 y 28 de su voto.

No obstante que, el magistrado Ferrero Costa estuvo de acuerdo con la improcedencia de la demanda, sin embargo, no suscribió el fundamento según el cual este derecho no se encuentra establecido expresa ni tácitamente en la constitución, sino más bien, en el fundamento de que las pretensiones de la actora no son susceptibles de ser dilucidadas en el marco de un proceso de amparo en la medida en que por esta vía no se puede solicitar la declaración de un derecho o, quizás que se constituya uno. De una postura similar a la anterior es el voto del magistrado Miranda Canales. Es decir, ninguno de estos dos últimos magistrados sostiene que el derecho a la consulta previa de las comunidades nativas no existe expresa ni tácitamente en la constitución.

En cambio, los magistrados Blume Fortini y Sardón Taboada niegan la existencia del derecho a la consulta previa.

En conclusión, solo dos magistrados, de los cuatro que suscriben la improcedencia de la demanda, fundamentan la misma, en la inexistencia del derecho fundamental a la consulta previa. Consecuentemente, no podría en propiedad afirmarse que, existe una fundamentación, *ratio decidendi*, lo suficientemente sólida y homogénea de la cual podamos asirnos para realizar una interpretación jurisprudencial en el presente caso.

Por añadidura, los votos de los magistrados Blume Fortini y Sardón Taboada, adolecen de una fundamentación razonada o justificación por la cual se pueda llegar a concluir que existirían razones para considerar que, el derecho constitucional a la consulta previa existe, no obstante, la postura previa y reiterada del Tribunal Constitucional en un sentido distinto, tal como sostendremos seguidamente.

c. En cuanto a la segunda sentencia dictada en el expediente N° 03066-2019-PA/TC, el asunto se presenta con mayor sencillez, toda vez que, los magistrados Sardón Taboada y Blume Fortini insisten de consuno que, no existe un derecho constitucional expresa ni tácitamente a la consulta previa. Por su parte, el otro magistrado que suscribe la mentada resolución es el magistrado Ferrero Costa, quién como en el caso anterior fundamenta su



voto singular de improcedencia, en que la oportunidad para acceder al derecho a la consulta previa no es el legalmente correcto, el cual resulta exigible solamente antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación, lo cual no sucedió en ese caso concreto, por lo que, tal como se verá con posterioridad, esta argumentación no afecta al presente caso. Por tanto, igual que en el caso anterior la dispersión de los fundamentos no conduce a establecer que hubiera un criterio normativo que sirva de base interpretativa en nuestro caso. Además, como se ha dicho con anterioridad la dispersión argumentativa existente en estas resoluciones no permite tenerlas como base de un criterio constitucional de utilidad para realizar una interpretación jurídicamente viable en el campo constitucional.

La norma del artículo VII del Título Preliminar que hemos indicado señala, que la interpretación y aplicación de las leyes u otras normas deben serlo según “preceptos y principios constitucionales”. Resulta que en las sentencias referidas no se encuentra ni preceptos ni principios de carácter constitucional que puedan ser referente o pauta de interpretación en el momento en que, ambas resoluciones señalan que la constitución no consagra ni expresa, ni tácitamente el derecho a la consulta previa; puesto que del tenor de las resoluciones no se encuentran preceptos o principios que hayan sido invocados para justificar esa conclusión.

VIII. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL A TENERSE EN CUENTA

El autor mexicano Enrique Carpizo desarrolla un conjunto, bastante amplio de principios de interpretación constitucional. Considera este autor que, “Los principios de interpretación constitucional orientan al juzgador en su actividad y evitan interpretaciones contrarias al texto de la constitución y a la interdependencia de los principios fundamentales de su parte, orgánica y económica”⁵.

La utilidad instrumental de tenerse en cuenta en todo momento los principios constitucionales, es sin duda alguna, el camino correcto mediante el cual se puede arribar a conclusiones jurídicamente correctas o satisfactorias al momento de resolverse sobre cuestiones fácticas de carácter constitucional en conflicto. Debemos añadir que los principios mencionados a continuación, no necesariamente será utilizados en el orden indicado, ni las ocasiones en que resulte útil algún principio será necesariamente única.

8.1. PRINCIPIO PRO HOMINEM

No cabe duda que, el principio pro hominem, que se encuentra directamente vinculado a la dignidad humana es, el que con mayor eficiencia nos conduce a examinar la importancia de los derechos fundamentales, en cuya defensa deben

⁵ Carpizo, Enrique (2009). Derechos Fundamentales (Interpretación constitucional, La Corte y los derechos) Editorial Porrúa. 1era edición, p. 94.



ser considerados como categorías de optimización ius fundamental. Ahora bien, según lo ha sostenido Miguel Carbonell, este principio, contiene sub principios, algunos de los cuales resultan de particular importancia en este caso: *favor libertatis*, y, *favor debilis*.

Sobre el principio *pro hominem*, Carpizo, citando a Sagües opina que, existen dos vertientes que se las describen de la siguiente manera: “a) La preferencia interpretativa: que opta por la interpretación que más optimice un derecho constitucional, y. b) La preferencia de normas: aplicada para escoger la ley más favorable a la persona con independencia de su jerarquía normativa”⁶.

El principio *pro hominem* tiene como fuente de inspiración las reflexiones filosóficas Kantianas⁷, así dice el filósofo: “Ahora, yo digo que el hombre, y, en general, todo ser racional, existe como fin en sí mismo y *no solo como medio* para cualquiera uso de esta o aquella voluntad, y debe ser considerado siempre *al mismo tiempo como fin* en todas sus acciones, no solo las dirigidas a sí mismo sino las dirigidas también a los demás seres racionales”. En general, la teoría epistemológica kantiana reprocha la utilización del ser humano como instrumento de inclinaciones egocéntricas de otros seres humanos. De allí que a este filósofo se le considere como antípoda de las teorías utilitaristas desde J. Bentham en adelante.

8.2. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Otro principio es el que dispone que la norma constitucional tenga una condición de aplicabilidad directa no menos importante que la de cualquier otra norma jurídica.

Dice con acertada precisión el profesor Riccardo Guastini que: ***“En consecuencia, la identificación de una norma como regla o como principio (la adscripción de una norma a la clase de las reglas o a la clase de los principios) depende de la interpretación y, por tanto, es algo discrecional, en el sentido que, a fin de cuentas, todo (o casi todo) enunciado normativo puede ser considerado como formulación bien de una regla, bien de un principio”***⁸

En general, el ejercicio de argumentar comienza inevitablemente por el de interpretar. En materia jurídica y de manera especializada en el área constitucional, la interpretación juega un papel inexorablemente necesario, es por ello que, existen pautas o principios argumentativos, propios de la temática constitucional; en tal sentido, es inacabable la diversidad de criterios con los cuales se han forjado los principios de interpretación constitucional, y son innumerables los autores que han tratado este asunto.

Ahora bien, sabido es que, la norma constitucional a diferencia de las normas infraconstitucionales que se denominan reglas, aquellas se denominan principios. Sin embargo, el tema que nos preocupa en estos momentos no es de los “principios

⁶ Carpizo, Enrique (2009). Ob. Cit, p. 96.

⁷ Kant Immanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Grupo Editorial Tomo S.A. México 2014. P 63.

⁸ Guastini, Riccardo (2018). Interpretar y argumentar. Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. 1era edición, pp. 219-220



constitucionales” propiamente, sino de aquellos que sirven al propósito de interpretarlos, es decir aquellos que son normas orientadoras para llegar a una cognición plena de los principios constitucionales en sí. La cuestión es saber si un principio interpretado correctamente es directamente aplicable como norma; nosotros consideramos que con arreglo al principio de “fuerza normativa de la constitución” si lo es.

8.3. EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN INTEGRAL “COMO UN TODO” DE LA CONSTITUCIÓN.

Un principio de interpretación útil a nuestro propósito en el presente caso es el señalado por el profesor Gustavo Zagrebelsky, que considera que la interpretación de la constitución debe ser desarrollada como “un todo”, haciendo previamente la siguiente precisión: *“Útilmente, podemos retomar aquí las consideraciones iniciales de este capítulo sobre el derecho constitucional como “derecho político” (...) En la esfera política, la variabilidad de casos y su precisión sobre el derecho son incomparablemente mayores que en cualquier otra rama del derecho estatal (...) Por otro lado, por parte del derecho, se debe tomar conocimiento de que los vínculos normativos son menos constringentes que en cualquier otro sector del derecho interno. La relación constitución – política expone la interpretación de la constitución a la imprevisibilidad, a la ocasionalidad y a la incoherencia. Habitualmente, se habla de ductilidad, maleabilidad, elasticidad de la materia constitucional (...) El carácter sistemático de la constitución se traduce en la exigencia de que esta jamás sea interpretada por pedazos, norma por norma, sino que sea interpretada siempre “por entero” (...) “Lo entero”, se puede decir así, es mantenido junto por “el espíritu” de la “constitución” (...)”*⁹

Este enfoque principista del profesor italiano, resulta de manifiesta utilidad en el presente caso, puesto que, los derechos puestos en tela de juicio tienen un carácter político innegable, en el cual, la constitución vista como un todo ha puesto como uno de sus elementos inexcluíbles, la existencia antropológica de los derechos de las comunidades campesinas y nativas o pueblos originarios y su derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado.

8.4. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA NORMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

Uno de los principios de indubitable utilidad es el que resulta de lo expresado dispositivamente de la Constitución y del proceso constitucional así el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional anterior conservado en el Art VIII del actual que señala: *“El contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos y regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales*

⁹ Gustavo Zagrebelsky y Marcenò, Valeria (2019). Justicia Constitucional (Historia, Principios e Interpretaciones) Volumen I. Editorial Zela, pp. 167-168



Internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte". Y, sustantivamente en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, la misma que señala lo siguiente: ***"Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú"***.

Nótese que, el texto constitucional no se refiere restrictivamente a determinados tratados, sino que, abarca a cualquier tratado o acuerdo internacional referido a los Derechos Humanos. Es decir, a cualquier norma que, para su introducción al derecho nacional requiere tan solo de su ratificación. Recuérdese a tal efecto que, el Convenio 169 de la OIT, ha sido debidamente ratificado por el Perú.

8.5. PRINCIPIO DE CORECCIÓN FUNCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN.

Respecto a este principio resulta muy ilustrativo lo dispuesto en el Expediente N° 5854 – 2005-PA/TC que es precedente vinculante, sobre diversos principios de interpretación constitucional, uno de ellos clara está es el de CORRECCIÓN FUNCIONAL: En el fundamento 19 (último párrafo) dice "Es preciso tener presente que, de conformidad con el principio de **corrección funcional** el JNE, bajo las responsabilidades de ley, se encuentra impedido constitucionalmente de desconocer la decisiones vinculantes que los otros órganos constitucionales expiden en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente previstas. Así, por ejemplo, el JNE se encuentra impedido de desconocer una resolución adoptada por el Congreso de la República que inhabilita a una persona para el ejercicio de la función pública de conformidad con el artículo 100 de la Constitución; máxime si la validez constitucional de dicha resolución ha sido plenamente confirmada a través de una sentencia del Tribunal Constitucional, supremo interprete de la Constitución (artículo 201 de la Constitución y artículo 1° de la LOTC)"

Cabe preguntarse si, *mutatis mutandis*: El Poder Ejecutivo bajo responsabilidad de ley se encuentra impedido constitucionalmente de desconocer la vigencia normativa de un tratado internacional de derechos humanos que, de acuerdo a la constitución forma parte del derecho interno y tiene rango constitucional, retardando actos funcionales (reglamentarios) durante muchos años, ignorando múltiples requerimientos del Tribunal Constitucional. Pensamos que no existe fundamento ni justificación para ello y que claramente afecta el principio de corrección funcional del Estado.

IX. FUNDAMENTACIÓN DEL CASO CONCRETO

EL FUNDAMENTO JURÍGENO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSULTA PREVIA.

1. El Tribunal Constitucional en numerosas sentencias ha reconocido previamente la jerarquía constitucional de lo establecido en el convenio 169 de la OIT, manifestando que dicho convenio forma parte del ordenamiento jurídico, siendo obligatoria su aplicación. Y, que no solamente es parte del ordenamiento



interno, sino que además, tiene rango constitucional, puesto que se encuentra expresado en un tratado internacional sobre derechos humanos¹⁰.

2. A efecto de lo antes indicado, debe añadirse que dicho convenio (169 DE LA OIT) cuenta con normas que se encuentran direccionadas a establecer estándares mínimos de protección a los derechos de los pueblos indígenas, garantizando por ejemplo, por parte del Estado la materialización y optimización del derecho a la consulta previa.

3. El profesor constitucionalista y ex magistrado del Tribunal Constitucional Cesar Landa Arroyo señala que, ***“este nuevo orden mundial se caracteriza por la extensión de dos valores occidentales, los cuales se han convertido en universales: Por un lado, la economía de libre mercado y, por otro, la democracia de los derechos humanos (...) Pero, no es el momento de discutir cómo la globalización se apodera de la capacidad de decisión de la vida jurídica nacional, sino de analizar la posición que ocupan los tratados y las sentencias internacionales en el sistema jurídico interno; en función de la cual los operadores del Derecho deberán integrar las normas y fallos internacionales al ordenamiento jurídico nacional”***. Lo manifestado por el profesor de la PUCP es un criterio agudo, perspicaz, tenaz y sumamente esclarecedor de lo que constituye la innegable convencionalidad de los derechos nacionales. Más adelante, respecto al Perú, el profesor señala lo siguiente:

4. “En tal sentido, es importante, en primer lugar, ubicar la posición jurídica de los tratados internacionales, tanto en el sistema constitucional como en el derecho internacional, por cuanto constituyen fuentes supremas del derecho peruano, desde que son normas con mandatos aplicables directamente y exigibles judicialmente (...) Segundo, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado Peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno (artículo 55 de la Constitución), son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado. Sin embargo, cabe realizar un análisis entorno al tratamiento diferenciado o especial que los tratados de derechos humanos o los preceptos en ellos consagrados reciben en el derecho interno peruano (...) En tal sentido, los tratados que versan sobre derecho humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (...), al regular materia de nivel constitucional equivalente a lo dispuesto fundamentalmente en el capítulo I (...) tienen por su contenido material, una jerarquía supralegal, es decir, gozan de carácter y rango constitucional. Entonces en caso de conflicto entre un tratado constitucional de materia constitucional y una ley, prima el primero, en función al principio de jerarquía normativa, que no es otro que el de la supremacía constitucional, reconocido en el artículo 51 de la Constitución (...) En relación con esta tesis, el Tribunal Constitucional ha emitido una sentencia recaída en el Exp. N° 1277-99-AC/TC, CASO Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros, en el que señala que cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55 que, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional, y el artículo 200 inciso 4, consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tienen valor

¹⁰ STC 3343-2007-PA/TC; STC 00022-2009-PI/TC; STC 00025-2005-PI/TC y STC 00026-2005-PI/TC, sentencias estas que fueron interpretadas de acuerdo al artículo 5 del Código Procesal Constitucional vigente en ese momento.



normativo indiscutible y, en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos”

5. Vale la pena completar la idea planteada por el profesor Landa Arroyo anotando lo siguiente:

“Ello es relevante en tanto permite una solución razonada y adecuada a las circunstancias; es decir, que unas veces la norma internacional prevalecerá sobre la norma nacional o, en otras la norma nacional prevalecerá sobre la norma internacional, en función de la norma que mejor proteja a la persona humana y a su dignidad. Esto de conformidad con el principio democrático *indubio pro hominen o favor libertatis* que postula el artículo primero de la Constitución de 1993”

6. En realidad el criterio antes mencionado no es solitario en el ámbito doctrinario constitucional, pues por ejemplo, el profesor, exmagistrado del Tribunal Constitucional y coautor del Nuevo Código Procesal Constitucional, Carlos Mesia, al hacer una exegesis del anterior Código Procesal Constitucional respecto al artículo V del Título Preliminar, después de explicar la relación entre el derecho interno y el derecho internacional en materia de normatividad de los derechos humanos, precisa lo siguiente: “La preferencia de la protección más favorable a la persona humana independientemente si proviene de derecho interno o del internacional, ha sido expresamente declarada en varios tratados (...) Desde el plano internacional, los derechos humanos gozan de cierta característica que influyen sobre la labor interpretativa, pues supone una forma jurídicamente particular de entenderlos”.

7. Tal como se hizo notar en fundamento preliminar, el petitorio de la demanda es múltiple. No obstante ello, como primera pretensión se pide el cese de la amenaza y/o violación de los derechos a la consulta previa, considerándose que este derecho se encuentra vinculado íntimamente con otros, los cuales son, el derecho al territorio, a la salud, a la identidad cultural, y a vivir en un ambiente sano y equilibrado. En este contexto, es necesario señalar, en primer lugar, que, al momento de contestarse la demanda, ninguno de los demandados sostuvo que el derecho a la consulta previa no es un derecho fundamental, por lo que resulta ser que la existencia de este derecho, en el contexto del presente proceso no es una cuestión controvertida. Que, sin embargo, es menester darle una sustentación mínima, puesto que, es el núcleo del cual parte el conflicto entre las partes.

8. Sin perjuicio de lo anteriormente manifestado, y tan solo con afán didáctico, señalamos, que el derecho a la consulta previa, no sería un derecho fundamental *in se et per se* si es que no fuera el vínculo de un haz de otros derechos fundamentales, inclusive de primera generación. Por tal motivo, sin perjuicio de tenerse en cuenta, en todo momento esta cualidad, veamos si el derecho a la consulta previa se puede considerar un derecho fundamental, de manera independiente.



9. El constitucionalista peruano Cesar Landa Arroyo¹¹, con base argumentativa en la STC 03343-2007-PA/TC (caso Cordillera Escalera, o Bustamante Johnson), con la participación de prácticamente todos los demandados, en este caso, y respecto a una situación jurídica muy similar ha manifestado entre otras cosas lo siguiente: **“El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y enfatizó su decisión en la protección del medio ambiente y la defensa de la Constitución ecológica, entendida esta última como el conjunto de disposiciones de la carta fundamental que se refieren a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente (...)”**. Más adelante, y concretamente respecto a la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT, el maestro señala lo siguiente, **“Al respecto, cabe señalar también que el artículo 6, literal a, del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) indica que, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que realizar una consulta previa, mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada con las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas. En el caso en mención la demanda fue declarada fundada y por tanto, quedaba prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y explotación dentro del área de conservación regional denominada ‘Cordillera Escalera’ mientras la empresa no acredite, en coordinación con los pueblos indígenas involucrados y con las autoridades locales y nacionales competentes, un plan maestro que determine la compatibilidad de la exploración de recursos naturales con la protección del medio ambiente” (El énfasis es nuestro)**

10. No obstante, la claridad de lo que se ha sustentado en la sentencia del Tribunal Constitucional que ha tenido como sustento el profesor Landa Arroyo, los demandados han sostenido que, el resultado de esta norma jurisprudencial, suscrita por el Pleno del Tribunal Constitucional, no resultaría aplicable a nuestro caso. En relación a ello, de un examen de literalidad simple se tiene que, el resultado de la sentencia es un mandato específico para los demandados, sobre la prohibición de continuarse la etapa de exploración y comenzarse con la de explotación sin que previamente se cuente con un plan maestro, refiriéndose esta orden al mismo contrato de concesión de exploración y explotación ventilado en este caso. Con la sola diferencia de que la Resolución del TC bajo comentario no se pronuncia expresamente en el *mandamus*, por la consulta previa, porque sencillamente ésta no formaba parte del petitorio. Pese a ello, la *ratio decidendi* de la Resolución si tiene como una de sus más importantes justificaciones la norma internacional que establece la necesidad de ese trámite previo. Justamente dentro del área que corresponde al lote 103 que se encuentra en tela de juicio en el presente caso. En realidad, no existe resolución constitucional alguna que, con

¹¹ Landa Arroyo, César (2016). Convencionalización del Derecho Peruano. Palestra Editores. 1 era edición, pp. 47-50.



mayor conexidad que ésta sirva para tener como punto de partida y base justificativa en el presente caso.

APLIACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD ENTRE DOS DERECHOS DE CONTRARIO LEY Y A CONSULTA PREVIA.

11. En el presente caso, se hace necesario realizar una ponderación entre principios constitucionales legitimados en la Constitución Política del Perú. A tal efecto, tenemos que advertir que se trata de un segmento que involucra en uno de sus segmentos al régimen económico adoptado en nuestro país y en el otro extremo de encuentra el derecho de naturaleza adjetiva (similar al debido proceso) que da acceso a la protección numerosos derechos de naturaleza sustantiva. Así pues, sin mayores circunloquios vayamos al asunto:

12. ANÁLISIS DE IDONEIDAD. - Según el artículo 58 de la Constitución, el modelo económico adoptado en el Perú es, la denominada “Economía Social de Mercado”, la misma que tiene como principio central, la libre iniciativa privada, y el Estado, tiene una función de regulación y promoción en el ámbito de los servicios público e infraestructura del país, en el cual está incluido el derecho a la salud. El artículo 59 de la Constitución reconoce la libertad de empresa, comercio e industria. Sin embargo, advierte que, el ejercicio de estas libertades no puede lesionar, entre otros al derecho a la salud. Más adelante, en el artículo 60 de la Constitución, el Estado reconoce el pluralismo económico, esto es la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, sin dejar de mencionar un rol subsidiario en la actividad empresarial del Estado.

13. En este contexto el artículo 62 de la Constitución reconoce la libertad de contratar, adoptando el criterio de rigidez *pacta sunt servanda*. Adicionalmente, señala como posibilidad contractual el denominado **contrato ley**, otorgando a estos contratos garantías de seguridad y de rigidez en cuanto a lo inicialmente pactado. No obstante, ello, se remite a la primera clausula haciendo la salvedad que, estos contratos deben respetar la protección a que se refiere el primer párrafo, es decir, que no pueden ser modificados por normas vigente al tiempo del contrato, por leyes o disposiciones de cualquier clase, existiendo no obstante ello, la posibilidad de regularse una situación conflictiva vía judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Refiriéndose en este último caso, a lo establecido en el Código Civil o en algunas otras leyes de contenido contractual.

14. De otro lado, el artículo 88 de la Constitución establece **el régimen de las comunidades campesinas y nativas**, expresando que, el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario, **garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal**. El artículo 89 de la Constitución, establece que, las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. El párrafo siguiente, establece algo, que resulta ser de prioritaria importancia en el presente caso, pues, **reconoce la autonomía en su**



organización, en el trabajo comunal y en la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro de lo establecido por la ley. Este artículo refiriéndose a la propiedad comunal de las tierras, dice que estas son imprescriptibles. En este extremo, es también necesario mencionar, que según el artículo 50 de la Constitución, el derecho a la propiedad es inviolable, y el Estado reconoce la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. El artículo 67 de la Constitución, dispone que, los recursos naturales deben ser usados de manera sostenible, y que el Estado determina las políticas necesarias para ello. De manera específica, el artículo 69 de la Constitución señala que, **el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía.**

15. ANÁLISIS DE NECESIDAD.- En lo que respecta al modelo de economía adoptado en nuestra Constitución, debe decirse que, este nace en la República Federal de Alemania de posguerra, siendo canciller de esa República, Konrad Adenauer y su ministro de economía entre 1949 y 1963, Ludwing Erhard, a quien se debe haber institucionalizado la denominada “Economía Social de Mercado”, El mismo **Erhard** dice lo siguiente: “Parte de las dificultades con que tiene que luchar la Economía Social de Mercado para realizar su propósito reside en sus propios principios de libertad y seguridad. En una atmosfera general de libertad, puede surgir cierto egoísmo de individuos o sectores que no consideran que su propia libertad está limitada por la de sus prójimos, y que, la seguridad social va más allá de la individual. El ordenamiento general dispuesto por el Estado, se opone a este choque de intereses. Intencionalmente, está llamado a prevenir que los distintos bloques de poder, en los que se han centrado distintos intereses, se sustraigan al imparcial fallo del mercado – que para ellos puede ser perjudicial -, o lo falsifiquen mediante malabarismos hábilmente calculados”¹²

16. Sobre la democracia política y la Economía Social de Mercado, al momento de desarrollar los elementos y principios básicos de este modelo, después de referirse al ordenamiento del mercado y la función del Estado de velar el funcionamiento del mismo. El economista Karl-Hans Hartwig manifiesta lo siguiente: “El elemento central es la idea de que solo un ordenamiento de mercado con competencias en todos los mercados, y con libre observación de precios permite el mejor abastecimiento de todos los agentes del mercado, y por ello también, fomenta el bienestar general. Por otra parte, el Estado debe velar por el funcionamiento de esta economía de mercado, porque se observen las reglas de juego, no solo en el ámbito del mercado, sino también, en el ámbito social. Esto es precisamente, lo que distingue a la Economía Social de Mercado del liberalismo de Manchester o del Laissez-faire clásico (...) Finalmente, el tercer aspecto en el diseño de una Economía Social de Mercado, es la creación de un ordenamiento social. Es aquí donde se debe nivelar los ingresos que se generan en el mercado y la consiguiente distribución de los ingresos. Al mismo tiempo, se debe

¹² Ludwing, Erhard et al. La Economía Social de Mercado, un proyecto económico y político alternativo. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA). Buenos Aires, p. 29, 1983.



encontrar la manera de conseguir que aquellos que son económicamente débiles, o que están marginados del desarrollo del mercado, puedan llevar una vida digna (...)"¹³

17. En el Perú, el economista Jorge Gonzales Izquierdo ha dicho lo siguiente, "Para la Economía de Mercado, la libertad de un individuo, está limitada por la libertad de otro individuo; es decir, la libertad de uno acaba donde empieza la libertad de otro. Para el social cristianismo, la libertad se identifica con el concepto de responsabilidad y, en cuanto a su uso lícito, limitada por las normas de la ley moral. Surge así el concepto de *libertad con responsabilidad social*, vale decir, libertad referida a la comunidad y no solo a costa de los demás; libertad en beneficio propio y de los demás conjuntamente. Al individuo no se le puede caracterizar unilateralmente al extremo de sostener que él lo es todo, y la comunidad no es nada 'al hombre solo se le puede comprender bien si se le contempla simultáneamente como individuo o como ser social. De esta consideración simultánea y ambivalente se deriva la imagen personalista del hombre que se expresa en las ideas de solidaridad y bien común, y en el principio de subsidiariedad". Poco después, este autor señala también lo siguiente, "Se llega así a la configuración de un orden denominado Economía Social de Mercado, cuyos fundamentos esenciales son, la libertad de la persona, la justicia social, y la eficiencia económica. El Estado deberá no solo proteger el adecuado funcionamiento del mercado, sino salvaguardar también el orden social preservando la justicia social, ya que deberá entenderse que, el orden económico es una parte constitutiva del orden social. La intervención del Estado estará así guiada por la ética, ya que no violará la dignidad del hombre ni el orden de la Economía de Mercado".

18. Con lo anteriormente manifestado y dentro del principio de corrección funcional, teniendo como modelo económico a la Economía Social de Mercado, lo cual no puede ser una declaración meramente nominalista de la Constitución, y dentro del principio interpretativo de unidad de la Constitución debemos comprender que, el concepto de "contrato ley" debe ser entendido en virtud de las características históricas, sociales y económicas de las Economía Social de Mercado de la post guerra en la República Federal Alemana. No obstante, que dicho modelo le podamos dar características propias en el modelo peruano.

19. Si además se tiene que, el "contrato ley" dispuesto en la segunda parte del artículo 62 de la Constitución debe homogenizar con lo establecido en otros principios constitucionales del régimen económico, por ejemplo, el pluralismo económico establecido en el artículo 60 y principalmente con los principios contenidos en el capítulo II y III del Título Tercero de la Constitución. En este contexto, las relaciones contractuales pueden con relativa frecuencia afectar derechos de propiedad de sujetos ajenos a la relación contractual, y no solo estos derechos, tal como veremos, sino también, otros que tienen el carácter de fundamentales y que se encuentran íntimamente relacionado a la propiedad.

¹³ Karl-Hans Hartwing et al. Economía Social de Mercado: Alternativa para el desarrollo peruano. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP); Fundación, Konrad Adenauer. Primera edición, pp. 30-31, 1991.



20. Así, entre la institucionalidad constitucional sistemáticamente enfocada, la propiedad debe ser ejercida conforme a lo ordenado en el artículo 70 de la Constitución, es decir, en armonía con el bien común. Y, además, debe tenerse en consideración lo establecido en los artículos 88 y 89, en virtud de los cuales, según la primera norma señalada, el Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal, o en cualquier otra forma asociativa. Y, según el otro artículo, las comunidades campesinas, tienen la condición de personas jurídicas y son autónomas en el uso y la libre disposición de sus tierras. Luego entonces, en una situación así encontramos un evidente conflicto entre el “Contrato Ley” que afecta intereses particulares concretamente determinados, con el derecho de las comunidades nativas a ser consultadas sobre actos de disposición sobre sus derechos, a la propiedad e identidad cultural, los que directa y simultáneamente se encuentran relacionados a otros derechos fundamentales de primera generación que tienen carácter difuso. Por tanto, resulta indispensable intervenir uno de estos derechos.

21. ANÁLISIS DE PONDERACIÓN O PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.- Si se tiene en cuenta que, la Constitución debe ser interpretada en armonía unitaria, se tratará de que estableciéndose el peso de los intereses en conflicto hay que determinar que: mientras mayor sea el grado de afectación en el ámbito del derecho a los beneficios otorgados en el “contrato ley”, entonces, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales que se logre con el derecho a la consulta previa y los subsecuentes derechos fundamentales relacionados a éste.

22. EL CONTRATO LEY.- El denominado contrato ley, no tiene antecedente constitucional en el Perú. En todo caso, el antecedente legislativo se encuentra en el artículo 1357 del Código Civil, el mismo que señala lo siguiente: “Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.” Comentando el mencionado artículo Gutiérrez Camacho¹⁴ indica que, la norma constitucionalizada es parte del orden público económico, que es la base del Derecho Constitucional Económico. Para llegar a esa conclusión, se remite artículo 58 de la Constitución Política del Perú en la parte que señala que “la iniciativa privada es libre”. Este apresurado señalamiento descontextualiza la norma en su conjunto; y más aún abandona el principio de interpretación unitaria de la constitución. En efecto, el artículo 58 dice lo siguiente, “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

¹⁴ Gutiérrez Camacho, Walter, et al. Código Civil Comentado Tomo VII, Contratos en General. Editorial Gaceta Jurídica, I edición, pp. 81-95.



23. Debe entenderse que, la iniciativa privada es uno de los elementos componentes del modelo de Economía Social de Mercado, al que nos hemos referido anteriormente. El mismo autor (Gutiérrez Camacho), al que nos estamos refiriendo desliza en su comentario algunas posturas que resultan congruentes con éste postulado, puesto que, cuando evalúa “los contratos ley en la legislación peruana”, se refiere a la necesaria inclusión de una ley autoritativa que se encuentre sustentada en razones de interés social, nacional y público, señalando expresamente lo siguiente; “En cuanto a las razones para otorgar estos beneficios, compartimos la opinión de la doctrina nacional, en el sentido de que todo acto estatal y con mayor razón un contrato ley, deberá llevar implícita una motivación basada en el interés social, nacional o público”

24. El profesor Sergio Salinas Rivas¹⁵, en un aleccionador artículo señala lo siguiente “¿Los Contratos Ley deben sujetarse al ordenamiento jurídico general? (...) Esta pregunta es pertinente para nuestro análisis, pues podría sostenerse que, tratándose de un instrumento jurídico especial, goza de reglas o atributos que harían viable el régimen contractual pactado. En otras palabras, ¿puede el Contrato Ley apartarse del marco legal general vigente en el país, o más aun, pueden sus cláusulas contravenir válidamente el sistema jurídico peruano? En nuestra opinión, la respuesta es clara: el Contrato Ley debe sujetarse, sin duda alguna, al ordenamiento jurídico vigente al momento de su celebración, bajo sanción de nulidad. Como pasamos a exponer a continuación, no es legalmente factible que un Contrato Ley se aparte de las normas generales de carácter imperativo vigentes en el país. En primer lugar, el propio sistema jurídico peruano ampara, uniformemente, nuestra interpretación. **La norma constitucional fundamental en materia de libertades contractuales es meridianamente clara: las partes (el Estado y su contraparte, en este caso) pueden contratar libremente en los términos que estimen más convenientes, siempre y cuando se sujeten a las normas vigentes al tiempo del contrato.**” (El énfasis es nuestro). Este señalamiento resulta de particular interés en nuestro caso, habida cuenta que, tendrá que determinarse si en el momento que fue suscrito el contrato de concesión otorgado a las sucesivas empresas contratantes, se hizo en el momento en el cual el Convenio N° 169 de la OIT, de acuerdo a la formalidad constitucional formaba o no parte de nuestra legislación nacional, y tal parece que sí.

25. Resulta de inexorable utilidad la **sentencia del Tribunal Constitucional 005-2003-AI/TC**, puesto que, se ha referido de manera más o menos amplia a la institución del denominado “contrato ley”, aclarando que, la calificación que se le hace de “contrato ley” no debe entenderse cual si se tratase de una fuente normativa formal análoga a la ley (Fundamento 12). Cuando señala que, “(...) Tal afirmación nada tiene que ver con que, al contrato, como se expuso en la audiencia pública se tenga que reconocer fuerza vinculante. Ciertamente, las estipulaciones de un contrato vinculan a las partes que los suscriben y su inobservancia, acarrea la posibilidad de que se sancionen dichos incumplimientos. Pero una cosa es, reconocer a los contratos, en general,

¹⁵ Salinas Rivas, Sergio. El Contrato Ley y la Regulación Tarifaria: ¿Existen Islas Jurídicas? Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16307/16718>



fuerza vinculante u obligatoriedad de sus términos, y otra, muy distinta, atribuirles la calidad de ‘fuentes primarias’ o, como la Constitución denomina a las fuentes susceptibles de impugnarse mediante este proceso, de ‘normas con rango de ley’”. Dicho de otra manera, el contrato es ley entre las partes, empero, no tiene energía vinculante *erga omnes*. La pregunta es, qué sucede cuando un contrato en su ejecución puede afectar derechos de terceros no intervinientes de esa relación jurídico patrimonial denominada contrato – ley. La cuestión, a criterio nuestro es clara, en el sentido en que un contrato cualquiera sea su denominación o grado de protección, no puede vulnerar derechos que involucran a terceros. Menos aún, vulnerando o cercenando derechos constitucionales. Por si alguna duda quedare respecto a lo aquí manifestado, el fundamento 16 de la sentencia constitucional que estamos citando señala que, “(...) El origen de la denominación, en este caso, no es superfluo, dado que con la misma expresión en otros sectores del ordenamiento se alude a un tópico sustancialmente distinto. Por ejemplo, en el derecho privado, y en concreto, en el derecho civil, con tal noción también se suele aludir a la intensidad del nexo que vincula a las partes de un contrato. Como expresa Manuel de la Puente y Lavalle, “La expresión ‘fuerza de ley’ no debe ser comprendida como que los contratos tienen, a semejanza de la ley, carácter normativo y que obligan por tener tal carácter, sino que es simplemente una figura retórica, una metáfora, para enfatizar que los contratos, pese a ser manifestaciones de la voluntad humana, constituyen un lazo que actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley (...)” Desde esta perspectiva, como lo ha expuesto la demandada, en criterio que este Tribunal comparte, el contrato-ley es “un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado... El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial(...)”. Resulta evidente que, lo que se refiere al cumplimiento contractual por parte del Estado, en ello no puede afectarse derechos de terceros ajenos a la relación contractual, menos aún si estos derechos son de estirpe constitucional.

26. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LOS DERECHOS SUCEDANEOS QUE SE VEN AFECTADOS CON SU OMISIÓN. - En aplicación de la fórmula del peso, ilustrada por Robert Alexy¹⁶, tocaría ahora determinar la importancia de la ponderación del principio que se quiere satisfacer. A tal efecto esta tarea resulta de menor dificultad, toda vez que abunda en ello todo lo ya manifestado, y claro está, todo lo que queda por manifestarse en los fundamentos sobrevinientes, debemos manifestar lo siguiente. La consulta previa es un derecho fundamental, pero de carácter instrumental, diríase que se trata de una fórmula procesal con el mismo principio de justificación iusfundamental que el debido proceso. En sí misma, la consulta previa no tendría la importancia que en efecto tiene, sino fuera porque sirve de ruta necesaria a la protección de otros derechos, que sí son derechos

¹⁶ Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Editorial Palestra Editores. Lima, 2017, pp. 457-469



fundamentales sustantivos, de primera generación; principalmente el derecho a la vida, dignidad de la persona humana y libre desarrollo y bienestar de la misma. También, los derechos expresamente solicitados en el petitorio de la demanda, como el derecho al territorio, (esto es al derecho a la propiedad comunal sobre el bien inmueble que le sirve de objeto); al derecho a la salud, íntimamente vinculado al derecho a la vida, a la identidad cultural y, a vivir en un ambiente sano y equilibrado, derechos que por sí solos se encuentran expresamente señalados en la Constitución Política del Perú. De allí se infiere que la desprotección del derecho a la consulta previa implicaría, al mismo tiempo, la desprotección de todos aquellos derechos a los cuales sirve de idónea protección.

27. En conclusión, esta judicatura, previo examen de proporcionalidad o ponderación, concluimos en los fundamentos precedentes: que, debe privilegiarse el derecho fundamental a la consulta previa junto al correlato de todos los derechos fundamentales sociales y de primera generación, que se encuentran garantizados con su cumplimiento. Que, resultaría, en realidad injustificada la optimización del contrato ley, toda vez que, de esta forma contractual, no aparece con claridad cuál es el derecho fundamental que garantiza, y tal como fue advertido con detenimiento, tampoco resulta ser un derecho que compagine con armonía en el modelo de Economía Social de Mercado que ha adoptado nuestra Constitución.

NULIDAD DE RESOLUCIONES INFRA LEGALES. (PRETENCIÓN ACCESORIA DE LA DEMANDA).

28. El nuevo Código Procesal Constitucional, si bien es verdad que, ha disminuido el texto del artículo 3 sobre procesos constitucionales de la libertad contra normas. Sin embargo, tal como ha quedado el artículo 8, aún se debe entender que, la procedencia de las acciones constitucionales contra actos lesivos basados en normas resulta aún aplicable. En realidad, la literalidad del artículo anterior más bien señalaba algunas restricciones que, en el presente caso han sido preteridas, otorgado a las acciones dirigidas contra normas una amplitud que antes no tenía. Así, por ejemplo, pueden ser objeto de cuestionamiento mediante, una acción de amparo, normas no necesariamente autoaplicativas, puesto que la norma no señala esta restricción.

29. No obstante, lo anteriormente manifestado, algunos autores consideran que la cualidad de autoaplicativa que debe tener la norma cuestionable por acción constitucional, en espíritu aún permanece en lo establecido en el artículo 8 del nuevo Código Procesal Constitucional. Los autores Cresci Vassallo y Salas Camacho, consideran que, la exigencia de autoaplicatividad de la norma aun es exigible teniéndose en consideración otras normas de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁷.

¹⁷ Cresci Vassallo y Salas Camacho, et al. Comentarios al Nuevo Código Procesal Constitucional. Jurista Editores E.I.R.L.; 1era Edición; 2022; pp. 229-237.



30. Lo antes enunciado, no perjudica lo que en el presente caso se ha solicitado en el petitorio de la demanda en los extremos en que se pide la nulidad de algunas normas allí indicadas, puesto que resulta patente que las cinco normas que se encuentran en tela de juicio son de aplicación inmediata y no requieren de ninguna otra norma o reglamentación que les permita conseguir los efectos para los cuales fueron dictadas, salvo la necesidad que recíprocamente se tengan; es decir que se trata de normas que apenas entran en vigencia son de aplicación incondicional.

31. Debemos saber entonces a que norma se puede calificar como autoaplicativa, a tal efecto, el profesor Abad Yupanqui hace un esclarecedor comentario respecto a este asunto¹⁸. A tal efecto, se apoya en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, tales como, la STC 04677-2004-AA/TC, cuando se hace la distinción entre lo que es una norma heteroaplicativa y la que es una norma autoaplicativa; criterio que es seguido posteriormente en la STC 00684-2010-AA/TC. Más adelante este autor invocando el Código Procesal Constitucional reformado por la ley 28946 y, apoyándose en un criterio dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mexicana advierte tres criterios que en resumen serían los siguientes: 1.- “(...) Que una ley es autoaplicativa si al momento de ser promulgada crea, modifica, o extingue relaciones jurídicas de manera inmediata a su promulgación, sin requerir ningún acto jurídico posterior para ser aplicada (...) 2.- El segundo criterio (...) es el que podría denominarse ‘el criterio de la conexidad’. En efecto, si un quejoso se encuentra obligado por una determinada disposición autoaplicativa, y esta pertenece a un cuerpo normativo más amplio, entonces se considera que las otras normas que hacen parte de esta normatividad están conectadas o son conexas (...). 3.- El tercer criterio es el siguiente: Si una norma jurídica de forma inmediata, y desde que entra en vigor, modifica las relaciones jurídicas de un grupo de sujetos identificables frente al Estado o a terceros, ya sea otorgándoles derechos, o bien imponiéndoles nuevas obligaciones, entonces esta ley se considera autoaplicativa.”

32. Resulta que, para el presente caso, son de aplicación específica los tres criterios señalados por el constitucionalista comentado. Ahora veremos porqué. No queda duda que, desde el primer Decreto Supremo dictado con número 026-2004-EM, por el cual se aprueba el contrato de licencia para la exploración y explotación en aplicación de un proyecto extractivo ya se estaba modificando determinadas relaciones jurídicas respecto a los derechos de propiedad y otros de los cuales nos ocuparemos más adelante, que directamente resultan una amenaza inminente a las poblaciones de la locación en la cual se aprueba las actividades de exploración y explotación. Es claro que, para que se efectivice la concesión otorgada, ésta no requirió ser reglamentada o esclarecida por alguna norma ajena a su propio contenido individual, consecuentemente, el primer criterio sobre la autoaplicabilidad de la norma resulta adaptable a lo que ocurre en el presente caso.

¹⁸ Abad Yupanqui, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera edición, actualizado y revisada, 2017, pp. 429-469.



33. El segundo criterio, que es el denominado “criterio de conexidad”, también resulta aplicable, si se tiene en consideración que, estos Decretos Supremos, no hacen otra cosa que, marcar el derrotero de lo que ya se había especificado con amplitud en el Decreto Supremo 026-2004, habida cuenta que, corroboran las actividades de las empresas demandadas, teniendo en cuenta ulteriores modificaciones en la estructura y funcionamiento de los concesionarios, sin embargo, no se tiene en cuenta, en absoluto, la situación jurídica de los que resultan perjudicados inconstitucionalmente por el contrato de licencia de exploración y explotación, puesto que consideran, ilegítimamente, que no tiene obligación de hacerlo.

34. Finalmente, de acuerdo al tercer criterio, resulta también palmaria la afectación inmediata de los derechos que de esa manera se recortaron a los propietarios o poseedores agraviados demandantes, desde la vigencia de lo dispuesto en el primer decreto supremo y en los subsiguientes.

35. Lo primero que debe tenerse en consideración en este caso es que, controvertir procesalmente sobre normas infra legales, es una forma de control difuso y, si se tiene en cuenta que, la norma procesal constitucional vigente, al momento de interponerse la demanda era la que se encuentra establecida en el artículo 3 del antiguo Código Procesal Constitucional, dice en la última parte que, cuando se trata del cuestionamiento de normas de inferior jerarquía a la ley, rige el mismo principio aplicado a las normas con rango legal, con la única salvedad de que en ese caso no se necesita elevar en consulta la medida adoptada judicialmente ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. La norma análoga del nuevo Código Procesal Constitucional se encuentra en el artículo 8 de este cuerpo de normas y, estableciendo lo siguiente: *“Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.”* Debiendo anotarse, que la norma acotada se refiere de manera general a la “norma incompatible con la constitución” sin que se haga anotación expresa de que tales normas deben tener distinta jerarquía legal.

36. La única limitación parece mantenerse en que, tratándose de normas legales o infralegales, éstas deben tener carácter autoaplicativo. En este mismo sentido se manifiesta Cresci Vasallo y Salas Camacho¹⁹ cuando señalan que, “... La Constitución establece limitaciones al amparo contra normas legales e “infralegales”, permitiendo únicamente la posibilidad de cuestionar normas de naturaleza autoaplicativa que generan efectos inmediatos e incondicionados”. Consecuentemente, resulta viable que, en el presente caso, mediante la acción de amparo interpuesta, se pueda cuestionar las Resoluciones Supremas a que se hace referencia en el petitorio de la demanda. Por cuanto, lo que se cuestiona son actos que han dado lugar, a que, se otorgue una

¹⁹ Ídem supra, p. 232.



concesión y se siga adelante con etapas de exploración y explotación de proyectos extractivos, sin contar con la consulta previa que debió realizarse a los pueblos originarios que iban a ser directamente afectados con esa actividad.

37. Queda por determinar entonces si es que, las resoluciones cuestionadas cuya nulidad se esta solicitando, resultan jurídicamente vulnerables. Los efectos jurídicos de los Decretos Supremos cuestionados tienen una relación concatenada e indisoluble de acciones que comienzan con el otorgamiento de licencia para la exploración y explotación de que consta el Decreto Supremo N° 026-2004-EM. Esta norma de por sí desde el primer momento, afecta las garantías que el derecho constitucional prevé para el resguardo de los derechos que tienen ese carácter.

38. Los otros Decretos Supremos puestos en tela de juicio tienen directa relación con el primero sin que exista solución de continuidad entre tales resoluciones. Como explicaremos con mayor detalle a continuación, **principalmente tratándose del Decreto Supremo N° 011-2010, habida cuenta que, esa norma desacata sin justificación alguna lo ordenado por el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 03343-2007-AA/TC, dictada el 19 de febrero de 2009, antes de emitida la norma cuestionada, sin considerar que, esta sentencia en el mandamus de la misma prohíbe desde esa fecha la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del área de conservación regional denominada "Cordillera Escalera", es decir, dentro del área en la que se encuentra el lote 103, que es materia directa en el presente proceso.** Esto es que, las resoluciones emitidas, contraviniendo la Constitución y una orden directa del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, resultan adversos a la defensa de los derechos constitucionales.

39. Uno de los argumentos más insistentes de los demandados es que, no se encontraba reglamentado el Convenio al que hicimos referencia, y que, por lo tanto, no existía por parte del Estado, los mecanismos adecuados para que se realice la consulta previa. Veamos si esta afirmación es jurídicamente suficiente para declinar la aplicación de una norma constitucional.

40. Con anterioridad, hemos desarrollado los motivos por los cuales el derecho a la consulta previa es de por sí un derecho constitucional, puesto que, su valor como tal ha respetado con minuciosidad las fuentes creadoras de derechos constitucionales, teniéndose en consideración que estos no constituyen *numerus clausus* debido a la apertura existente en el artículo 3 de la Constitución que señala que: ***"la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"***. También dijimos y reiteramos que, si se tiene en consideración el principio de plenitud de la constitución, de ser interpretada como un todo, debe concordarse esta norma con



los derechos constitucionales reconocidos a las comunidades nativas y campesinas en los artículos 88 y 89 del texto constitucional, principalmente cuando se les reconoce autonomía en su organización, en el trabajo comunal y en el uso de la libre disposición de sus tierras y la propiedad sobre ellas, además de su identidad cultural. Este reconocimiento, en el presente caso tiene indisoluble vinculación normativa con los derechos del ambiente y los recursos naturales reconocidos en los artículos 66 a 69 de la carta Constitucional.

41. Tal como lo conoce la propia demandada REPSOL, el Convenio 169, **no contó con un desarrollo normativo por más de quince años.** Afirma también la empresa demandada que, ante tal ausencia, el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el expediente N° 5427-2009-PC/TC, de fecha 23 de agosto de 2010; consideró esta resolución que el **Congreso de la Republica había incurrido en una omisión inconstitucional, al no haber desarrollado legislativamente este derecho, y lo exhortó a que cumpla con su obligación en tal sentido. Coetáneamente el Tribunal ordenó al Ministerio de Energía y Minas a que emita un reglamento especial, donde desarrolle el Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.** Advierte seguidamente la empresa demandada que: como consecuencia de la sentencia antes indicada, con fecha 12 de mayo de 2011, se publicó el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, que aprobó el reglamento del procedimiento para la aplicación del Derecho a la consulta (...) y que dicho reglamento entró en vigencia el 13 de mayo de 2011. Que, según su artículo 7, el denominado Reglamento de Actividades Minero Energéticas que, el proceso de consulta previa, dependía de si las medidas administrativas o normativas a ser adoptadas eran susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Se consideraba que, tal medida administrativa afectó directamente a los pueblos indígenas desde el momento que, produce entre otros, cambios sobre su identidad cultural o derechos sobre las tierras que habitan.

42. En esta concatenación normativa y, en su momento, tratándose del sub sector de hidrocarburos, el artículo 23 del Reglamento antes indicado, dispuso lo siguiente: "(...) Son medidas administrativas, materia de consulta, el proceso previo a la suscripción de los contratos a que se refiere el artículo 10 del Decreto Supremo N° 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el ordenamiento de concesiones para el transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos; y, procesamiento de hidrocarburos, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas. El proceso de consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los títulos I y II del presente reglamento".

43. Más adelante, y, en relación al reglamento supra indicado, el artículo 24, señala como condición para llevarse a cabo la consulta que, el área materia de contrato al ser suscrito afecte directamente a uno o más pueblos indígenas. Este reglamento entró en vigencia el 13 de mayo del año 2011.



44. Además de lo anterior, se tiene que, unos meses después de las normas antes indicadas se dicta la Ley N° 29785 (Ley de Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios), publicada el 7 de noviembre de 2011, disponiéndose un plazo de *vacatio legis* hasta 90 días de su publicación, esto es, el 07 de diciembre de 2011. (No se comprende cual la razón de este injustificado interregno legal). Ahora bien, la Segunda Disposición Complementaria de la ley antes mencionada dispuso lo **siguiente “la presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia”**. Debe señalarse que esta advertencia legislativa ha sido interpretada por la parte demandada, cual si se tratara de una **corroboración de las omisiones** previas a la vigencia de esta norma, aún más, cual si se tratara de una norma retroactiva que da validez a contratos o licencias anteriores a su vigencia. Lo cual, como resulta evidente, no es verdad. En este caso, la citada Disposición Complementaria únicamente se abstiene de derogar o modificar los efectos que hayan tenido las medidas legislativas o administrativas anteriores, y nada más.

45. Es decir que, la exigencia de la consulta previa recién podría producirse desde el 07 de diciembre de 2011, habida cuenta que, solo desde esa fecha existe una norma que sanciona un procedimiento adecuado para el requisito de consulta previa, debido a que, según ya se ha expresado, de la lectura de la norma complementaria y final, según los demandados, retroactivamente es corroborativa de cualquier acto administrativo realizado antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29785.

46. Algo que es de necesaria aclaración es que, los demandados han sostenido que, conforme a lo expresado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, las comunidades no tendrían el derecho al veto. Esta afirmación que efectivamente nace del Tribunal Constitucional, es correcta. Sin embargo, esta es una categoría jurídica generalmente usada el derecho internacional público, la forma más conocida de su utilización es en la Naciones Unidas por los miembros del Consejo de Seguridad de la misma quienes de manera unilateral, inconsulta e inmotivada tienen el derecho a evitar la aprobación de cualquier tipo de resolución. Esta práctica puede ser llevada por ejemplo a ciertas facultades soberanas de un Estado. Sin embargo, esta formalidad no tiene nada que ver con la denominada “consulta previa”, toda vez que en este caso se trata de una convocatoria a una determinada negociación en que las partes plantean problemas, necesidades y posibles soluciones consensuadas y fundamentadas, lo cual resulta beneficioso no solamente para las comunidades, sino también para la empresas que, luego de la consulta pueden ejercer sus actividades con mayor garantía de realización y exitosa conclusión.



47. Por su parte el derrotero señalado por la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la “Cordillera Escalera” que resulta directamente vinculante para el presente caso, es distinta. Así pues, veamos:

48. Se debe hacer hincapié que, la más importante de todas las sentencias del Tribunal Constitucional que resulta aplicable al presente caso, es la dictada en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, también denominada “Caso Cordillera Escalera”; por la sencilla razón de que, esta sentencia tiene como elemento subjetivo a todos los involucrados en el presente proceso, incluyendo aquellos que firmaron el contrato de concesión y los que posteriormente asumieron la posición contractual de sus predecesores, entre los cuales, en primer lugar se encuentra la demandada REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, sucursal del Perú. Porque, además, es objeto de esa sentencia las actividades extractivas que las empresas demandadas estaban realizando en el denominado lote 103; es decir, en la misma jurisdicción de la que trata la presente sentencia. Respecto a la sentencia de “Cordillera Escalera”, la parte demandada con razón ha sostenido que, esa sentencia no se pronunció sobre la consulta previa. Tal afirmación es correcta, empero ello, se debió a que, en el petitorio de la demanda en ese entonces interpuesta, no estaba en tela de juicio el tema concreto de la consulta previa. Es por ese motivo, que resulta necesario que esta Judicatura, teniendo como base la sentencia “Cordillera Escalera” sí deba pronunciarse sobre la cuestión de la consulta previa concretamente planteada en el petitorio de la presente demanda.

49. Desde otro ángulo, se tiene que, en el *mandamus* del expediente N° 03343-2007-PA/TC, no se ordena la realización de la consulta previa. No obstante ello, se tiene que, uno de los fundamentos más importantes (*ratio decidendi*) de esa sentencia, es que, el Convenio 169 de la OIT, explica a partir del **fundamento 31**, que no solamente se establece como realidad con estirpe constitucional el convenio acotado, sino que, se hace expresa mención de cuál es su efecto principal, acotándose en el **fundamento 33** lo siguiente: *“Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas”*.

50. Ahora bien, si uno de los fundamentos de la decisión más importante es, aquel que señala la importancia y la necesidad de la consulta previa es por demás evidente que el *mandamus* tiene que reflejar ese fundamento. En efecto, el



mandamus de la sentencia bajo comentario decide expresamente lo siguiente: **“Declarar FUNDADA la demanda. En consecuencia, queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas”**. Más claro y categórico. ¡Imposible!

51. Consecuentemente, debemos interpretar que, el Tribunal ha ordenado con el pleno de sus magistrados, que: En primer lugar, se prohíbe la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del área de conservación regional denominada *Cordillera Escalera*. Es decir, se está prohibiendo que se continúe con las actividades extractivas previas a la etapa de explotación; esto es, desde el momento que se dicta la sentencia para adelante. Dicho en otros términos que, las actividades para las cuales se hizo el contrato de concesión deben quedar paralizadas desde ese momento. En segundo lugar, se establece que, tal prohibición o paralización tiene como condición suspensiva que se cuente con un “*Plan Maestro*”; coadyuvándose esta condición hasta que se haya elaborado el referido “*Plan Maestro*”, donde se establezca la compatibilidad de los actos de exploración y explotación, con los objetivos de la indicada área de conservación. A continuación, el *mandamus* de esta sentencia aún resulta más amplio y contundente, puesto que, indica que, de estar en ejecución la fase de exploración o la etapa de explotación **“dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas”**.

52. Con relación al denominado “*Plan Maestro*”, congruentemente, dentro de lo que se denomina justificación externa de la Sentencia que estamos invocando, no cabe la menor duda de que, en ese esquema se encuentra incluida la necesidad de la consulta previa, toda vez que, solo de ese modo puede con razón suficiente decirse que hay compatibilidad entre las actividades extractivas de las empresas demandadas con los objetivos del área de conservación regional, y solo de esa manera encontramos coherencia entre lo expuesto en la *ratio decidendi* y lo finalmente resuelto en la Sentencia que nos ocupa.

53. Toca ahora entonces, verificar si, teniéndose en consideración, por un lado, las normas de desarrollo constitucional que reglamentan la consulta previa y la jurisprudencia que acabamos de indicar, justifican de algún modo el hecho de que las demandadas se encuentren inmunes a la obligación de la consulta previa ordenada en el Convenio N° 169 de la OIT. Consideramos que, las empresas demandadas como cualquier otro derechohabiente de nuestro sistema constitucional se encuentran obligado al rigor de las referidas normas, no solamente por las graves afectaciones que su omisión implica a numerosos



derechos fundamentales directamente nacidos de la constitución, sino también, por la obligatoriedad formal de las normas de acuerdo a lo que se tiene de nuestro sistema constitucional, pues debe considerarse válida una norma que, se encuentra de acuerdo al procedimiento establecido constitucionalmente para su validez. Y que, no contraviene principios constitucionales, en tal sentido.

54. Cuando los demandados, invocando “buena fe”, han expresado que, mientras el Estado no reglamente o desarrolle la obligación a la consulta previa, estos no se encuentran obligados por el Convenio que la establece, argumentando que, *“han actuado basados en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello (...)”*.

55. Un principio de interpretación constitucional bastante conocido y que además se encuentra normado en la parte final del artículo II del Código Procesal Constitucional, (es el principio de fuerza normativa de la Constitución) como uno de los fines esenciales de los procesos constitucionales. Así, para la interpretación de este principio de interpretación constitucional, acudimos al profesor mexicano Enrique Carpizo, al cual ya citamos con anterioridad, cuando señala que, *“el principio al que hacemos referencia dispone que la norma suprema no sea menos ejecutiva por existir en su contenido disposiciones de principios o programáticas, pues tanto, el texto normativo como las normas de principios deben ser cumplidas a cabalidad”*. Con esta conceptualización de principios, se puede, *ab initio* decir que, la exigencia constitucional del Convenio 169 de la OIT podía aplicarse inmediatamente. Por lo que, hasta ese momento, por ejemplo, ya no se puede argumentar que, las empresas concedoras de este requisito directamente vinculante, que se omite deliberadamente pese al conocimiento de su existencia, estén actuando de buena fe. No se puede igualmente alegar la buena fe, si se sabe que podrían existir determinadas consecuencias lesivas que, una norma válida y vigente las trata de evitar, más aún si esta norma válida y vigente tiene rango constitucional. Por ese motivo, tampoco puede decirse que, se está actuando dentro de los márgenes de libertad que establece el artículo 2 inciso 24 acápite a) de la Constitución Política, puesto que existe norma de obligatorio cumplimiento que dispone actos de preventiva abstención, cuya vulneración generan consecuencias prohibidas en virtud de aséptico espíritu constitucional. No está de más recordar el adagio atribuido al gran Rousseau “La libertad de uno termina donde comienza la libertad de otros”.

56. Sin embargo, los demandados argumentan que el mismo convenio señala que deben adoptarse reglamentariamente la norma constitucional. Esta afirmación es correcta, sin embargo, el perjuicio de omisión normativa o reglamentaria para la ejecución de una disposición constitucional no tendría por qué beneficiar, sin mayor explicación a una determinada parte, sabiéndose además que se está perjudicando a la otra parte. En efecto, la falta de disposición para la creación de normas de desarrollo constitucional imputadas al Estado sobre la consulta previa,



no puede allanar el camino de la omisión constitucional a las empresas para facilitarles la actividad extractiva de petróleo; y, recíprocamente colocar en una situación de riesgo inminente a una colectividad que tiene derechos fundamentales literalmente reconocidos en la Carta fundamental, (verbigracia, el derecho a la vida, el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado y otros que atañen a la propiedad comunal)

57. Dicho esto, la medida más correcta y equitativa que pudo haberse adoptado es la suspensión de cualquier acto riesgoso de cualquier persona cuya dignidad esta protegida por el Estado. Y, coetáneamente realizarse el trabajo nada difícil de elaborar y emitir un reglamento idóneo para que se realice la consulta previa de los pueblos originarios. No resulta nada correcto, equitativo ni justo que, por ejemplo, haciéndose caso omiso a las recomendaciones del Tribunal Constitucional (Sentencia N° 5427-2019-PC-TC) se haya dejado de lado la **elaboración inmediata** de una reglamentación adecuada de desarrollo constitucional para la realización del derecho a la consulta previa.

58. Otra cuestión que resulta de necesaria aclaración es que, tal como ha sido reconocido por los mismos demandados, el Estado peruano desarrolló por Decreto Supremo N°023-2011-EM de fecha 12 mayo de 2011 un reglamento de procedimiento para la aplicación del derecho de consulta a los pueblos indígenas para las actividades minero-energéticas, entrando en vigencia dicha norma el 13 de mayo de 2011. No obstante ello, el acicate para inaplicar este Reglamento, fue que, estas medidas puedan ser adoptadas cuando sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. En realidad, esta atingencia, si es que se adopta un mínimo de sentido común y de conocimiento básico de lo que significan las actividades extractivas y mínima curiosidad por la información de los medios de comunicación, con un índice de acentuación en la extracción del petróleo. Y si ello, se vislumbra desde una sensata actitud de obediencia por principio precautorio que informa la protección de los derechos contra el medio ambiente, lo cual resulta directamente aplicable en estos casos. No podemos concluir sino que, resulta que estas actividades productivas, por su propia naturaleza, pueden afectar directamente el medio ambiente, y por tanto, el *modus vivendi* de los pueblos originarios y consecuentemente su identidad cultural y sus derechos sobre las tierras que habitan. Por tal motivo, esta norma, sin mayores preámbulos o atingencias innecesarias debió haberse aplicado inmediatamente a los actos de concesión que se habían generado a favor de las empresas petroleras demandadas, incluyéndose a quienes habían asumido la responsabilidad contractual por la cesión de posesión contractual que se generaron siendo aprobadas por los Decreto Supremos cuestionados.

59. Es verdad que, la normatividad sobre consulta previa es responsabilidad del Estado y no de las empresas. Sin embargo, eso no significa que esta omisión de responsabilidades deba ser cargada únicamente sobre los hombros de las



comunidades que requieren de la consulta previa, y por el contrario, facilitar el camino de las empresas que actúan al amparo de un contrato-Ley vulneratorio de derechos fundamentales de terceros. Consecuentemente, no existe justificación alguna por la que después de dictada la sentencia en el Expediente N° 03343-2007-PA, más conocido como “caso cordillera escalera”, no se haya cumplido inmediatamente con lo ordenado diáfananamente por el Tribunal Constitucional, prohibiendo la realización de la última fase de la etapa de exploración y la de explotación, dentro del área conocida como lote 103 puesta en tela de juicio en ese proceso. Motivo por el cual esta sentencia debe ser dictada de manera conexa a lo que se dispuso en la sentencia antes mencionada y que, injustificadamente no ha sido ejecutada.

60. Como consecuencia directa de lo anteriormente fundamentado debe declararse nulos los decretos supremos dictados por el Estado posteriores al 19 de febrero de 2009, y declarar que el contrato de concesión aprobado por Decreto Supremo N°26-2004-EM de fecha 19 de julio de 2004 esté condicionado a los acuerdos que puedan establecerse luego de realizada la consulta previa con los representantes de las comunidades demandantes.

61. Con relación a los derechos constitucionales cuyo amparo se solicita, esto es el derecho a la salud, el derecho a la identidad cultural y el derecho a un medio ambiente equilibrado. No obstante que, respecto a éstos, ya se hizo previa referencia, manifestado que la consulta previa no es sino el medio necesario y constitucionalmente obligatorio para garantizar, justamente estos derechos, añadiremos lo siguiente sobre cada uno de ellos.

DERECHO DE LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

62. El ex miembro del Tribunal Constitucional Carlos Mesia Ramírez, ha señalado atinadamente que: *“Aun cuando el hombre forma parte de la civilización humana, no deja de conservar sus propias singularidades culturales...Habla, piensa y siente de un modo particular, haciéndose partícipe de una cultura, de una etnia o de una minoría. El desarrollo de esta cultura se circunscribe a un espacio socio geográfico y temporal que para hacer realidad las libertades individuales, espirituales, sociales y políticas, necesita de un ambiente equilibrado y adecuado que incluya la paz y, por ende, excluya la violencia en todas sus manifestaciones”*.²⁰ Agrega este autor que, *“La solidaridad lo es de los llamados derechos de tercera generación. Debido a su incidencia universal en la vida de todos los hombres, los derechos relativos a la paz, a la calidad de vida, y al derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado, solo pueden materializarse en virtud de la cooperación solidaria y la renuncia de intereses egoístas”*. Las reflexiones del profesor Mesia arriba indicadas, resumen con plenitud los derechos que se afectan cuando inconsultamente se toman medidas de gobierno que omiten el **sencillo procedimiento de comunicar y preguntar a los afectados sobre las actividades que, se proyectan realizar en su habidad natural y medio cultural.**

²⁰ Mesia Ramírez, Carlos. Los Derechos Fundamentales, Dogmática y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial: Gaceta Jurídica, 1ra edición Mayo 2018, p. 360



DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO AL DESARROLLO DE LA VIDA,

63. El profesor Luis Castillo Córdova²¹, citando una afirmación del Tribunal Constitucional manifiesta lo siguiente: *“en el Estado Democrático de Derecho de nuestro tiempo, ya no solo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición per se humano le son reconocidos, sino también, de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables (...) y, complementariamente, en el contenido constitucionalmente protegido del derecho que ahora se comenta, se encuentra ‘el conjunto de bases naturales y su calidad’, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecosfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico (...)”*²² Tal como se puede fácilmente constatar la afectación al ecosistema es uno de los que se encuentra violentado cuando se ejecuta actividades que sin posibilidad de evitarlo tengan que, extraer del subsuelo elementos químicos que de algún modo, tarde o temprano, con mayor o menor intensidad afectan el ecosistema de las comunidades, no solo en el espacio en el que directamente se hacen las labores extractivas, sino también, inexorablemente en las zonas aledañas. Esta afectación natural es de fácil acceso al conocimiento popular, tan solo es cuestión de verificarse las cotidianas reclamaciones en las zonas de extracción petrolera y en aquellas por las que se transporta este producto. Tan solo un ejemplo es, el ambiente químicamente afectado que sufre varios pueblos y territorios de la región Loreto.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD,

64. Prácticamente cae junto a los otros derechos afectados como una verdad de Perogrullo, habida cuenta que, la afectación del ecosistema incide de manera directa en la salud de las personas, toda vez que, el ser humano se desenvuelve dentro de una realidad ecológica, de la cual se provee de sustento, alimentación y salud, por eso, el profesor Castillo Córdova considera también que la salud se encuentra vinculada a la dignidad humana, ello inspirado en la sentencia dictada en el expediente N° 3208-2004-AA/TC, dice en síntesis lo siguiente, *“(...) la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino, en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales. La protección de derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta (...) la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable”*²³

²¹ Castillo Cordova Luis. Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Volumen III. Grupo Editorial Zela. II Edición, 2020, pp. 604-605.

²² El expediente del Tribunal Constitucional citado por el autor indicado, es el número 0964-2002-AA/TC.

²³ Ídem ut supra p. 606



X. DECISIÓN

Por los fundamentos arriba expuestos, en uso de las facultades conferidas por la ley y en aplicación del artículo 120 del Código Procesal Civil, el señor Juez del Juzgado Civil de la provincia de Lamas, administrando justicia a nombre de la Nación, FALLA DECLARANDO:

FUNDADA en parte la demanda, en consecuencia, se ORDENA:

1. En respeto al derecho constitucional de consulta previa cese de inmediato, cualquier acto que, de alguna forma pueda afectar los derechos constitucionales referidos a la propiedad comunal, identidad cultural, derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado y a la salud en general en los territorios habitados por los demandantes.
2. Que, en obediencia a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343- 2007- PA/TC. Lima, por las autoridades gubernamentales se implemente los mecanismos necesarios para la realización de la Consulta Previa respecto al contrato de concesión para la exploración y explotación en el lote 103.
3. Se declara la nulidad de los Decretos Supremos N° 011-2010. EM y siguientes que se refieren a actos de continuación o desarrollo de las actividades de exploración y explotación del Lote 103, los mismos que fueron suscritos y emitidos en desobediencia de lo ordenado expresamente el Tribunal Constitucional. Naturalmente quedan subsistentes los actos jurídicos en ellos contenidos en la medida que son vinculantes solo entre las partes.
4. El contrato de exploración y explotación en el Lote 103 se encuentra condicionado a eventuales modificaciones resultantes del procedimiento de consulta previa.

Se declara **INFUNDADA** la demanda en el extremo en el que se pide la nulidad del Decreto Supremo N° 026-2004-EM con el que se aprueba el Contrato de Concesión y los subsiguientes hasta el D.S. N° 063-2007-EM los que igualmente se encuentran condicionados a lo que finalmente puede determinarse en el Contrato correspondiente. Y en, los otros extremos, que no resultan congruentes con lo resuelto. Cúmplase lo dispuesto. Notifíquese a las partes y, consentida y/o ejecutoriada que sea, archívese.