



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06316-2008-PA/TC  
LORETO  
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE  
DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA  
(AIDSESEP)

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de noviembre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado Landa Arroyo

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP) contra la resolución N.º 53 emitida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas 2143, su fecha 1 de octubre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

#### a. Demanda

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

Finalmente, AIDSESEP afirma que la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, establece en su artículo 72.2 que, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los



procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, y que sin embargo el establecimiento de los Lotes 39 y 67 se efectuó sin consultar a las instituciones representativas de los pueblos indígenas como AIDSESEP, CONAPA o INDEPA, violando lo establecido por la mencionada ley así como lo prescrito en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

## **b. Contestación de la demanda**

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

Con fecha 3 de agosto del 2007 se apersona al proceso el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas, deduce las excepciones de incompetencia por razón de materia y de falta de agotamiento de la vía administrativa y, al mismo tiempo, contesta la demanda contradiciéndola en todos sus extremos. Señala que “en nuestro país la Constitución Económica consagra una economía social de mercado, sustentada en la generación de la riqueza de los privados, cuya base se encuentra en dos componentes básicos: la propiedad y la libertad contractual”<sup>1</sup>, las que no pueden verse afectadas con el consiguiente daño de perjudicar las inversiones y el crecimiento económico del país. En el mismo sentido, refiere que “resulta contrario y lesivo a los derechos del Estado (sic), el abstenerse de disponer de los beneficios de los recursos naturales como patrimonio de la Nación (...)”, por lo que considera que, “las pretensiones de la Asociación demandante, resultan contrarias a los fines del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional sostenible de los recursos naturales, que como tales pertenecen a la nación”.

Señala también que la Ley Orgánica de Hidrocarburos N.º 26221, promulgada en 1993, establece que el Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos con participación de la inversión privada y en base a la libre competencia, encargando al Ministerio de Energía y Minas a través del sub sector Hidrocarburos, elaborar, aprobar, proponer y aplicar la política del sector. Afirma por ello que si se admiten las pretensiones del demandante se desconocería las obligaciones que el Estado ha asumido en los contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en los Lotes 39 y 67, los cuales constituyen Contratos Ley y se encuentran garantizados conforme al artículo 62 de la Constitución.

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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



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

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

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

### III. FUNDAMENTOS

#### § 1. Delimitación del petitorio

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



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

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

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

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

3. Conviene precisar si la recurrente puede solicitar tutela respecto de los derechos de comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario, así como respecto de la tutela del medio ambiente y los demás bienes colectivos a que hace referencia la demanda. La respuesta a esta cuestión puntual se encuentra recogida en el artículo 40º del Código Procesal Constitucional, conforme al cual, "...puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos".

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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



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

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

El progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento *sine qua non* para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.

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

**“Artículo 6**

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

(...)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (subrayado nuestro).

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

18. Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.

19. Sobre la relevancia jurídica de los tratados y convenios suscritos por el Perú, este Colegiado ha manifestado que “[...] tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.º 0047-2004-AI/TC, fundamento 22). En esta misma dirección, este Tribunal ha sido enfático en sostener que los “[...] tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, fundamento 33). Por tanto, y conforme ya se ha tenido oportunidad de establecer (STC N.º 3343-2007-AA/TC, fundamento 31), el Convenio 169 forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos.

20. El Tribunal Constitucional ha reconocido desde su STC N.º 03343-2007-PA/TC consolidando su posición en la STC N.º 022-2009-PI/TC, que la libre autodeterminación de las comunidades nativas, sumada a la concepción que éstas tienen sobre la tierra, sirven de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Es preciso aclarar que dicha autodeterminación se encuentra dentro de un marco constitucional que la delimita. Así, no debe comprenderse como un derecho que autoriza la creación de zonas exentas a la regulación legal por parte del Estado, o como un territorio de control judicial. La autodeterminación tampoco puede ser confundida “... con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado” (STC N.º 03343-2007-PA/TC, fundamento 32).

21. Es decir, cuando nuestra propia *ley fundamental* reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia



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

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

#### § 6. Análisis del caso concreto

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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

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

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

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

30. Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se



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

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

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

**HA RESUELTO**

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI  
MESÍA RAMÍREZ**

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

**Lo que certifico:**

**DR. VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06316 - 2008-PA/TC  
LIMA  
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE  
DESARROLLO DE LA SELVA  
PERUANA (AIDSESEP)

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

### I. ASUNTO

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

### II. ANTECEDENTES

#### a. Demanda

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

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



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

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

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

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

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



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

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

## **b. Contestación de la demanda**

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

### III. FUNDAMENTOS

#### §1. Delimitación del petitorio

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



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

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

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

3. Antes de avanzar, conviene precisar si la recurrente puede solicitar tutela respecto de los derechos de comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario, así como respecto de la tutela del medio ambiente y los demás bienes colectivos a que hace referencia la demanda. La respuesta a esta cuestión puntual se encuentra recogida en el artículo 40º del Código Procesal Constitucional, conforme al cual, “...puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”.

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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



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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

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

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

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

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

[...]

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



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

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

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

---

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

*Artículo 40.- Representación Procesal*

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

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

Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

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



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



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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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



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

### §6. Inversión, desarrollo y Constitución

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

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

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



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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

El progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento *sine quanon* para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.

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

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

**“Artículo 6**

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

(...)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (subrayado nuestro).

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

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



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

**“Artículo 7**

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

**“Artículo 13**

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

(...)”.

**“Artículo 15**

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (subrayado agregado).

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



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

53. Por tanto, y conforme ya se ha tenido oportunidad de establecer (STC 3343-2007-AA/TC, fundamento 31), el Convenio 169 forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos.
54. El Tribunal Constitucional recientemente ha reconocido en su sentencia recaída en el Expediente N.º 3343-2007-PA/TC, que la libre autodeterminación de las comunidades nativas, sumada a la concepción que éstas tienen sobre la tierra, sirven de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa, derecho que, como se ha señalado en la sentencia ya citada, viene a ser una concretización del artículo 2, inciso 17) de la Constitución.
55. Es decir, cuando nuestra propia *ley fundamental* reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad.
56. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam ha manifestado que:
- “(...) al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuere el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones” (subrayado nuestro).
57. En la misma línea, este Colegiado considera que el derecho de consulta y activa participación de las comunidades supone un derecho previo a cualquier acto de intromisión de proyectos o procesos de adjudicación de concesiones de explotación y/o explotación, en la medida que tienen directa incidencia en la propia validez jurídica de



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

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

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

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



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

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

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

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

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

#### **“Artículo VI.- Oportunidad**

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

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

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



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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

S.

LANDA ARROYO

Lo que certifico:

DR. VÍCTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS  
SECRETARIO RELATOR