

PRIMERA SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD DE CONCESIONES MINERAS Y OTROS ACTOS ADMINISTRATIVOS INCONSULTOS

Raquel Yrigoyen Fajardo, IIDS

Presentación

El Juez Provisional del Juzgado Civil Transitorio de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios ha emitido una sentencia ejemplar que se ajusta a los estándares internacionales (Exp. 00675-2017-0-2701-JM-CI-01, del 11/12/2018). Esta Sentencia vincula la falta de consulta previa con la nulidad, de pleno derecho, de los actos administrativos viciados. Dispone el cese inmediato de los actos vulneratorios, la prohibición de su repetición y un conjunto de medidas efectivas para la restitución del derecho y la reparación (como el acceso a agua segura, la atención integral de la salud, la descontaminación, reparación del hábitat, reforestación, etc.).

Se trata de otro caso interpuesto por la Comunidad Nativa Tres Islas; que demandó la nulidad de todas las concesiones mineras, adjudicación de predios agrícolas y derechos de aguas otorgados a terceros sin consulta previa, dentro de su territorio, por el Gobierno Regional y la Autoridad del Agua. Ello, porque tales concesiones son la causa de la destrucción y contaminación de su territorio, la afectación de la salud, la falta de agua y alimentación segura. Y, algo más, de nuevos problemas sociales.

Como la parte demandada ha apelado, la sentencia aún no es firme, pero esperamos que sea confirmada. Sigue un breve análisis de los aspectos más saltantes de la misma.



Actividad minera en el territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, destruyendo y contaminando aguajales y fuentes de agua. Fuente: Foto de la CN Tres Islas, diciembre 2018.

Por primera vez, un Juzgado de primera instancia de la Corte Superior de Madre de Dios, da una sentencia ajustada a los estándares internacionales sobre el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado a la propiedad territorial indígena, autonomía, el derecho a la vida y integridad colectiva, el agua y el derecho a definir las prioridades de desarrollo, entre otros, citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El Exp. 00675-2017-0-2701-JM-CI-01 fue interpuesto por la Comunidad Nativa Tres Islas, contra el Gobierno Regional de Madre de Dios, el Tribunal Nacional de resolución de Controversias Hídricas (TNRCH) de la Autoridad Nacional del Agua y el Ministerio de Agricultura.

Sobre el origen del caso

En el 2012, La Comunidad Nativa Tres Islas ganó una sentencia ante el Tribunal Constitucional que ordena “el cese de la violación a la autonomía y la propiedad territorial” de la Comunidad con relación al ingreso de taladores y mineros ilegales.¹ Sin embargo, las autoridades judiciales, el Ministerio del Interior, el Ministerio Público y las autoridades administrativas no disponían la expulsión de los mineros ilegales, alegando que los mismos tenían “concesiones mineras”, “derechos de agua” o “adjudicaciones de terrenos” otorgadas por INGEMET, la Autoridad del Agua o el Gobierno Regional de Madre de Dios, respectivamente.

Por lo tanto, la Comunidad se vio obligada a iniciar, nuevamente, el largo y costoso camino de un proceso judicial de amparo, luego de agotar la vía administrativa, para que el juez constitucional declare la nulidad de tales actos administrativos (concesiones, derechos de agua y adjudicación de predios agrícolas) por haber sido otorgados en violación de la consulta previa, entre otros derechos. La demanda fue rechazada liminarmente obligando a la apelación respectiva. La Sala devolvió el caso a primera instancia y fue admitido. Con suerte, un nuevo juez conoció el caso y emitió sentencia.

¿En qué se basa la sentencia?

Esta sentencia tiene en cuenta los fundamentos de la Sentencia del TC Exp. 1126-2011-HC/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.pdf>) que estableció claramente el derecho a la autonomía y la propiedad territorial. Asimismo, se basa en Medida Cautelar otorgada por la Comisión Interamericana a favor de la vida e integridad de la Comunidad, en riesgo por la contaminación de mercurio debido a la actividad minera (<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/38-17MC113-16-PE.pdf>). Esta Sentencia interpreta los derechos constitucionales de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos aplica el principio de convencionalidad. Y ése es su gran aporte.

¿Qué dice la Sentencia?

El tema central que resuelve esta Sentencia es desde cuándo es obligatoria la consulta previa y cuál es la consecuencia de su omisión. Las entidades del Estado sostienen que sólo se puede considerar el derecho a la consulta previa a partir de la Ley y el

¹ Véase un análisis de esta sentencia en: Yrigoyen, Raquel (2013): Litigio estratégico. La experiencia de la Comunidad Nativa Tres Islas. Lima: GIZ (disponible en: https://issuu.com/iids/docs/litigio_estrategico_en_derechos_1).
www.derechoysociedad.org,

Reglamento de consulta previa, como señala usualmente el Ministerio de Energía y Minas. Esto es, desde el 2012 o, cuanto antes, desde el 2010.

Esta Sentencia, por el contrario, **no se basa en la Ley sino en el derecho internacional**. Y, para estos efectos, cita la sentencia del caso Sarayaku vs. Ecuador (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf) que establece que el derecho a la consulta previa es un principio del derecho y una “garantía fundamental”. Por lo tanto, deja claro que la obligación del Estado de efectuar la consulta previa es anterior a la Ley de consulta previa.

En cuando a las **características de la consulta previa**, señala: “a) Carácter previo, b) Buena fe y finalidad de llegar a un acuerdo, c) Consulta adecuada y accesible, d) Estudio de impacto ambiental, y e) Consulta debe ser informada”.

Y, en cuanto a los **efectos de la falta de consulta previa**, según las características señaladas, la Sentencia establece que dicha omisión da lugar a que los actos administrativos sean **nulos de pleno derecho**:

“las entidades demandadas no han tenido en consideración [las características de la consulta previa] al haber otorgado autorizaciones a través de actos administrativos diversos, tanto para concesiones mineras, adjudicación de tierras y uso de aguas sobre territorio cuya propiedad le corresponde a la comunidad demandante, razón por la cual **resultan nulos de pleno derecho**”. (Sentencia, IV. Análisis del caso y solución de problema, 4.5.).

¿Desde cuándo opera la nulidad de los actos administrativos?

A diferencia de otras sentencias, en las que el juez constitucional consideraba que la nulidad operaba de la sentencia en adelante, en este caso, queda claro que la falta de consulta previa –según los estándares internacionales- genera una **nulidad de todos los actos administrativos ya adoptados y los que están en proceso**, tanto los identificados como los similares por identificar.

“declarando la nulidad de los actos administrativos emitidos o pendientes de emisión relacionados con derechos o concesiones mineras, adjudicación de terrenos, derechos de uso de agua u otros similares, en los que se encuentren inmersos la propiedad territorial de la Comunidad Nativa Tres Islas” (Conclusiones, 3)

¿Quién está obligado por esta Sentencia?

Al tratarse de un principio erga omnes, esto se aplica no sólo a las entidades demandadas sino a todas las direcciones afines del Gobierno Regional.

¿Sólo están prohibidos los actos identificados?

No, también actos administrativos similares que puedan afectar la propiedad territorial.

“DECLARESE la nulidad de los actos administrativos, así como **aquellos que por extensión y aplicación erga omnes hayan emitido o se encuentren por emitir las diversas direcciones regionales del Gobierno Regional de Madre de Dios y la Autoridad Nacional del Agua relacionados con derechos o concesiones mineras, adjudicación de terrenos, derechos de uso de agua u otros similares**

sobre la propiedad territorial de la Comunidad Nativa Tres Islas; por consiguiente (Conclusiones, 2).

Cese inmediato de la violación

La sentencia ordena el cese inmediato de la violación.

“4. DISPONGO el **cese inmediato de todas las actividades derivadas** o vinculadas a los derechos o concesiones mineras, adjudicaciones de predios, uso de derecho de agua, y cualquier otro acto administrativo similar, licencia o autorización estatal otorgada a terceros dentro del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, debiéndose **girar oficio a la Policía Nacional del Peru para que haga efectiva tal disposición**” (Conclusiones, 4).

Tal vez, aquí, considerando la experiencia anterior, hubiera sido necesario una mayor precisión, como la orden expresa a la policía de efectuar, en coordinación con la autoridad comunal, el retiro inmediato de todos los terceros del territorio indígena. Ello, porque cuando la Comunidad ha querido retirarlos ha sufrido amenazas, incluyendo la muerte de sus animales con armas de fuego. No obstante ello, una lectura de buena fe de la Sentencia, orientada a la efectividad de la misma, debería comprender la coordinación del operativo policial que sea necesario.

Prevención de vulneración futura

La Sentencia prohíbe cualquier acto ulterior que contravenga el derecho, estableciendo sanciones en caso ello se dé.

“(…) debiendo prohibir cualquier acto ulterior que lo contravenga, bajo apercibimiento de proceder conforme lo establece el artículo 22° y 59°” (Conclusión, 3).

En cuanto a la vía, la Sentencia deja claro que la vía en este tipo de reclamos es la vía constitucional del amparo, pues la vía ordinaria no protegería igualmente los derechos invocados.

“(…) este despacho no puede resultar ajeno a desconocer que la actora no podía encontrar otro medio de protección de sus derechos constitucionales que la **vía del amparo**” (ídem).

¿Qué decide la sentencia?

La Sentencia resuelve declarando fundada en parte la demanda, dando la razón a la Comunidad en lo central y abriendo el camino para que la jurisprudencia constitucional se adecúe al principio de convencionalidad en materia de consulta previa. Esto es, que se considere un principio general del derecho, exigible siempre y no sólo desde la Ley de consulta previa; y con el efecto de generar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos adoptados sin respeto de la consulta previa según estándares internacionales.

Carácter restitutorio de derechos.

La Sentencia es precisa no sólo en señalar el efecto de la omisión de la consulta previa, sino también en disponer qué debe hacer la autoridad para restituir las cosas al estado anterior a la violación. Para ello, la Sentencia toma en cuenta la Medida Cautelar otorgada por la CIDH. Y, por lo tanto, ordena medidas de atención inmediata de la www.derechoysociedad.org,

salud integral, incluyendo su tratamiento y recuperación; la provisión de fuentes seguras de agua; estudios para descontaminación; la reparación y reforestación de suelos, recursos y todo el hábitat afectado.

Así:

- “- **atención prioritaria** a los integrantes de la Comunidad Nativa Tres Islas respecto de su **salud integral**,
- así como procedan a realizar las gestiones y actividades correspondientes para el **suministro del servicio de agua potable, priorizando el consumo humano** sobre otros usos,
 - el estudio y propuesta para la **descontaminación** de aguas, aire y suelos,
 - la **reparación y reforestación** de suelos, recursos y de todo el **hábitat** afectado, y
 - el tratamiento y **recuperación de la salud integral** de los integrantes de la Comunidad Nativa Tres Islas,
- igualmente bajo apercibimiento de proceder conforme lo establece el artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional”.

Es importante que la Sentencia utiliza conceptos como “hábitat”, “salud integral”, la prioridad del consumo humano del agua sobre otros, la descontaminación, reparación, reforestación, etc. De confirmarse esta sentencia supone todo un plan de restitución efectiva de derechos que abre una esperanza respecto de la situación actual no sólo de la Comunidad Nativa Tres Islas sino de todos los pueblos indígenas afectados por situaciones similares. Y las medidas indicadas podrían convertirse en una política pública respecto de todos los pueblos afectados por actividades extractivas inconsultas.

Conclusión

En medio de la corrupción que campea en el medio y que ha caracterizado, lamentablemente, el Poder Judicial en general, y el de Madre de Dios, en particular, alienta leer una sentencia que aplica el principio de convencionalidad y no ha sucumbido al brillo del oro.

Cabe anotar que las negativas y demoras judiciales en estos casos dan lugar a que la minería genere estragos y contaminación no sólo en el ambiente físico, sino en el ambiente social: desalientan a las comunidades que buscan defender su territorio de la invasión de terceros, crean tensiones y conflictos, y permiten florecer los sectores pragmáticos que siempre se preguntan si no es mejor unirse al enemigo que tratar de combatirlo... Por ello, esta sentencia ha llegado como una esperanza.

Dado que la Sentencia ha sido apelada, esperamos que la Corte Superior confirme la misma, en cumplimiento del principio de convencionalidad, y que la recuperación de nuestra esperanza y fe en el Poder Judicial no sea efímera.

Enlace a la Sentencia:

<http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2019/sentencia-nulidad-concesiones.pdf>

(EXTRACTOS DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA)

CONCLUSIÓN

el señor Juez Provisional del Juzgado Civil Transitorio de Tambopata de la Corte



Superior de Justicia de Madre de Dios RESUELVE:

1. DECLARAR FUNDADA en parte la demanda constitucional interpuesta por la COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS, (...), dirigida contra el TRIBUNAL NACIONAL DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS HÍDRICAS – TNRCH DE LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA y GOBIERNO REGIONAL MADRE DE DIOS, con emplazamiento del Procurador Publico del Ministerio de Agricultura y Riego, y del Procurador Publico del Gobierno Regional de Madre de Dios, sobre PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO, por vulneración de los derechos constitucionales a la propiedad territorial y autonomía comunal, a la vida, integridad física, salud, ambiente adecuado y equilibrado, y al agua de la Comunidad Nativa Tres Islas y sus integrantes; en consecuencia,
2. DECLARESE la nulidad de los actos administrativos, así como aquellos que por extensión y aplicación erga omnes hayan emitido o se encuentren por emitir las diversas direcciones regionales del Gobierno Regional de Madre de Dios y la Autoridad Nacional del Agua relacionados con derechos o concesiones mineras, adjudicación de terrenos, derechos de uso de agua u otros similares sobre la propiedad territorial de la Comunidad Nativa Tres Islas; por consiguiente,
3. ORDENO que el Gobierno Regional de Madre de Dios, sus diversas Direcciones Regionales y la Autoridad Nacional del Agua, en el plazo de diez días, emitan los correspondientes actos administrativos dando cumplimiento a la presente sentencia, declarando la nulidad de los actos administrativos emitidos o pendientes de emisión relacionados con derechos o concesiones mineras, adjudicación de terrenos, derechos de uso de agua u otros similares, en los que se encuentren inmersos la propiedad territorial de la Comunidad Nativa Tres Islas, debiendo prohibir cualquier acto ulterior que lo contravenga, bajo apercibimiento de proceder conforme lo establece el artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional; por consiguiente,
4. DISPONGO el **cese inmediato de todas las actividades derivadas** o vinculadas a los derechos o concesiones mineras, adjudicaciones de predios, uso de derecho de agua, y cualquier otro acto administrativo similar, licencia o autorización estatal otorgada a terceros dentro del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, debiéndose **girar oficio a la Policía Nacional del Peru para que haga efectiva tal disposición**; asimismo, DISPONGO que el Gobierno Regional de Madre de Dios a través de la **Dirección Regional de Salud** u otras involucradas, en coordinación de con la Autoridad Nacional de Agua, procedan en dar **atención prioritaria** a los integrantes de la Comunidad Nativa Tres Islas respecto de su **salud integral**, así como procedan a realizar las gestiones y actividades correspondientes para el **suministro del servicio de agua potable**, priorizando el consumo humano sobre otros usos, así como la posibilidad de realizar un **estudio y propuesta para la descontaminación** de aguas, aire y suelos, la **reparación y reforestación** de suelos, recursos y de todo el **hábitat** afectado, y el **tratamiento y recuperación de la salud integral** de los integrantes de la Comunidad Nativa Tres Islas, igualmente bajo apercibimiento de proceder conforme lo establece el artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.
5. RECOMENDAR al Gobierno Regional de Madre de Dios, sus diversas Direcciones Regionales y la Autoridad Nacional del Agua que **no vuelvan a incurrir en situaciones similares, bajo apercibimiento** de remitir copias al órgano de control



correspondiente para que proceda conforme a sus atribuciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que tuviere lugar.

6. (...)

7. DEJESE a salvo el derecho de la parte actora para que si lo cree pertinente lo haga valer conforme a ley ante la autoridad fiscal competente.

8. IMPONGO a las entidades demandadas únicamente el pago de costos procesales.
(...)

Lima, 29/12/2018.