



420190015602017006752701242000031

NOTIFICACION N° 1560-2019-SP-CI

EXPEDIENTE	00675-2017-0-2701-JM-CI-01	SALA	SALA CIVIL
RELATOR	ANELA V. IKEDA CHAVEZ	SECRETARIO DE SALA	ZEVALLOS VARGAS JULIO IVAN
MATERIA	ACCION DE AMPARO		

DEMANDANTE	: LA COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS DEBIDAMENTE REPRESENTADA POR SU PRESIDENTA VILMA PAY
DEMANDADO	: GOBIERNO REGIONAL DE MADRE DE DIOS ,

DESTINATARIO	LA COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS DEBIDAMENTE REPRESENTADA POR SU PRESIDENTA VILMA PAYABA CACHIQUE
--------------	---

DIRECCION : **Dirección Electrónica - N° 52673**

Se adjunta Resolución VEINTIOCHO de fecha 12/03/2019 a Fjs : 26

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

RES. N°28 (SENTENCIA DE VISTA)

12 DE MARZO DE 2019

SALA CIVIL

EXPEDIENTE : 00675-2017-0-2701-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

RELATOR : ANELA V. IKEDA CHAVEZ

PROCURADOR PUBLICO : PROCURADOR PUBLICO DE LOS ASUNTOS
JUDICIALES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO,
PROCURADOR PÚBLICO DEL GOBIERNO REGIONAL DE MADRE DE
DIOS,

DEMANDADO : TRIBUNAL NACIONAL DE RESOLUCIONES DE
CONTROVERSIAS HIDRICAS TNRCH DE LA AUTORIDAD NACIONAL
DEL AGUA ANA,

GOBIERNO REGIONAL DE MADRE DE DIOS,

DEMANDANTE : LA COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS

DEBIDAMENTE REPRESENTADA POR SU PRESIDENTA VILMA PAYABA
CACHIQUE,

JUEZ PONENTE: PUENTE BARDALES

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N° 28

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

VISTOS

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

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

I.- ANTECEDENTES:

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

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

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

II. - FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONSIDERANDO:

III. REFERENCIAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

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

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

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE 022-2009- AI-TC

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

EXPEDIENTE 025-2009-PI-TC:

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

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

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

EXPEDIENTE 1126-2011-HC-TC

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

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

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

EXPEDIENTE 4870-2007 PA-TC:

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

IV.- ANALISIS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. - ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

DECISIÓN

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

RESOLVIERON:

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

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

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

MENDOZA ROMERO

COSIO MUÑOZ

PUENTE BARDALES.