

Ruiz Molleda, Juan Carlos, "Perú: Caso Majes Sigvas II: TC vuelve a desproteger derechos de los pueblos indígenas", *Servicios en Comunicación Intercultural Servindi*, Lima, Perú, 11 de noviembre de 2011.

Consultado en:

<http://servindi.org/actualidad/54372>

Fecha de consulta: 15/11/2013.

11 de noviembre, 2011.- El pasado martes 8 de noviembre, el Tribunal Constitucional hizo pública la sentencia del caso Majes Sigvas II, recaída en el [Exp. N° 01939-2011-AA/TC, reiterando una jurisprudencia poco efectiva, y más retórica, en la tutela de derechos de las poblaciones nativas e indígenas.](#)

Como sabemos, el proyecto busca llevar agua de Cusco a Arequipa para ampliar la frontera agrícola en esta última. Si bien el fin resulta positivo, el proceso evidenció una importante falencia: antes de ejecutar el proyecto, no se garantizó el acceso al recurso agua de la población de Espinar en Cusco.

Para entender la sentencia

Estamos ante una sentencia que tiene su origen en dos demandas de amparo que posteriormente fueron acumuladas. Una primera presentada por el Gobierno Regional de Cusco y la otra por el Municipio Provincial de Espinar de Cusco. Si bien ambas fueron presentadas contra el Gobierno Regional de Arequipa y PROINVERSION, la diferencia es que la primera solicita se disponga el cese de la amenaza de la violación de los derechos a la vida, a la salud, al desarrollo socio económico y al medio ambiente de los habitantes de la Provincia de Espinar como consecuencia, del inicio de la ejecución del Proyecto Majes Sigvas II y de la construcción de la represa de Angostura.

La segunda demanda, se presenta a fin de que se deje sin efecto la declaración de viabilidad del Proyecto Majes Sigvas II, otorgada como consecuencia de un informe favorable de la Oficina de Programas e Inversiones del Ministerio de Agricultura. El Municipio de Espinar

pide que se lleve a cabo un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, y se consulte a las comunidades campesinas que resultarían afectadas con la ejecución del proyecto, como también a los pobladores de la provincia de Espinar. Expresa que cuando se declaró la viabilidad del estudio y estando aptos para la convocatoria a la licitación pública para la ejecución del proyecto, se violaron los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, al no haberse coordinado con los habitantes de la provincia de Espinar, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado por cuanto se dejara sin agua a la Región de Cusco, así como el derecho a la salud.

En primera instancia, el Juzgado Mixto de Espinar de la Corte Superior de Cusco declaró fundada la demanda, dejando sin efecto la declaración de viabilidad del Proyecto Majes Sigvas II; y dispuso la realización de un nuevo Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral de la cuenca del Río Apurímac. En segunda instancia, la Sala Mixta de Canchis, confirma la sentencia de primera instancia, cuando disponen un nuevo estudio de Balance Hídrico, ordenando, además, la realización de un nuevo estudio de impacto ambiental. Asimismo, revoca la sentencia de primera instancia que dejaba sin efecto la declaración de viabilidad del Proyecto Majes Sigvas II.

En fase de ejecución de sentencia el Juzgado Mixto de Espinar resuelve, primero: desaprobar el Estudio de confrontación de la oferta y demanda de la cuenca del Río Apurímac al Río Salado y el Estudio de Impacto Ambiental de la Represa Angostura y Gestión Ambiental a nivel definitivo. Segundo, suspender el proyecto hasta que concluya el proceso; tercero, deja abierta la posibilidad que una institución internacional certificada y acreditada en el Perú realice los estudios dispuestos en la sentencia. En cuarto lugar, dispone se abstenga de realizar cualquier acto de iniciación del Proyecto Majes Sigvas II, luego de considerar que los estudios ordenados están mal hechos, lo que supone la vulneración del derecho a un medio ambiente equilibrado.

Esta decisión es vista por la Sala Única de Vacaciones de la Corte de Cusco, a través de una apelación. La referida revocó la sentencia anterior y dispuso la suspensión indefinida del proyecto Majes Sigvas II. Contra dicha resolución la Presidencia del Consejo de Ministros

presenta un recurso de agravio constitucional (RAC), pues sostiene que la sentencia de la Sala única de Vacaciones modifica la sentencia expedida por la Sala Mixta de Canchis, afectando inconstitucionalmente la garantía de la cosa juzgada.

¿Qué dijo el TC?

El TC declara fundado el RAC argumentando que se ha violado el derecho a la cosa juzgada y a la motivación de las decisiones. En consecuencia, declaró nula la sentencia de la Sala Única de Vacaciones. Así ordenó la realización de un nuevo y definitivo estudio técnico de balance hídrico integral, precisando que este será realizado por la Autoridad Nacional del Agua. Añade que la determinación final la tendrá el despacho de la Presidencia del Consejo de Ministros, si es que hubiera discrepancias en el desarrollo del estudio. Más adelante convalida el Estudio de Impacto Ambiental de la Represa de Angostura y Gestión Ambiental a Nivel Definitivo. Concluye exhortando a las partes intervinientes a acatar la sentencias y a “evitar la generación de cualquier tipo de conflicto”. Finalmente, anuncia que oficiara a la OCMA y al CNM pues habría indicios de responsabilidad disciplinaria.

¿Críticas a la sentencia del TC?

Se trata de una sentencia que intenta ser pacificadora (f.j. 42), pero su intento solo genera dudas y cuestionamientos. Si bien el TC ordena la realización de un nuevo estudio técnico de balance hídrico, la resolución resulta complaciente y concesiva con el Estado y desprotege los derechos de los pueblos indígenas. En realidad estamos ante una sentencia que tiene argumentos políticos más que jurídicos.

Un TC que se va por las ramas. Como lo dijimos líneas arriba, el TC carga tintas contra la Sala Única de Vacaciones, y la acusa de haber cambiado el contenido de la sentencia de la Sala Mixta de Canchis. Sin embargo, en nuestra opinión, se trata de un tema discutible. En efecto, haciendo caso a los argumentos de la PCM, el TC ordena “la suspensión indefinida del Proyecto Majes Sigvas II”, sin tener en cuenta los argumentos de ésta Sala para hacerlo.

Y es que el órgano cuestionado reconoce expresamente que, luego que se subsanen los problemas, se podrá revisar el tema de la viabilidad del proyecto. En todo caso, la Sala Única estaba frente a un Estado que mostró reiteradamente renuencia para acatar su sentencia, y estimó que ante el reiterado incumplimiento por parte del Estado en acatar las sentencias emitidas el proyecto debía suspenderse.

En el Perú hay un serio problema de incumplimiento sistemático de las sentencias en general, y también del TC (1), sin embargo, acá se quiere sancionar a magistrados que han mostrado celo, quizá excesivo, en el cumplimiento del mandato judicial. Por eso nos parece exagerada la decisión del TC de cursar oficio al CNM y a la OCMA. Pero, además, si de lo que se trata es de garantizar la cosa juzgada, el TC debería comenzar por dar ejemplo. En una sentencia expedida por el alto Tribunal en el caso Javier Ríos Castillo, en fase de ejecución, el TC le reconoce a esta persona el pago de un devengado que había sido expresamente rechazado por la Corte Suprema (2).

En nuestra opinión, si PROINVERSION no cumple con las sentencias emitidas por la Corte de Cusco, el proyecto debe suspenderse, de lo contrario no tiene sentido presentar un proceso constitucional de amparo. La función de este proceso es cesar la violación y restituir plenamente el derecho constitucional violado o amenazado, y en este caso, eso pasaba por suspender la ejecución del proyecto. Ese es el tema de fondo.

El TC ha incumplido su obligación de proteger el derecho a la consulta previa y otros derechos conexos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la OIT. En efecto, pese a que la demanda del Municipio Provincial de Espinar pidió expresamente que se protegiera el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas (comunidades campesinas de Espinar) contenido en el artículo 6 del Convenio y desarrollado por el propio TC en la sentencia 00022-2009-PI/TC, el colegiado guarda silencio absoluto sobre ese tema. Ninguna de las decisiones de PROINVERSION, ni los estudios técnicos realizados han sido consultados, a pesar que el TC ha dicho en la sentencia 06316-2008-AA/TC (f.j. 27) que los actos administrativos inconsultos son “incompatibles con la Constitución”.

Habría que esperar que procesos como el proceso de amparo planteado por la Vicaría de Sicuani con el IDL contra PROINVERSION por violación del derecho a la consulta, o el proceso de cumplimiento planteado por Benedicto Usca Machaca, en su condición de Secretario General de la Federación Unificada de Campesinos de Espinar, también por violación del derecho a la consulta lleguen al TC (Ver demanda). El TC ha desperdiciado la oportunidad de resolver este problema de raíz.

Pero la consulta no es el único derecho que ha sido dejado en la indefensión. El artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT establece que los estudios de impacto ambiental en territorios de los pueblos indígenas deberán de “evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos”. Esto ha sido incumplido. El Estudio de Impacto Ambiental realizado por PROINVERSION no ha evaluado estos criterios fundamentales para respetar el derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas de Espinar, de conformidad con el artículo 2.19 de la Constitución.

Aun cuando no son invocados el TC debe proteger derechos constitucionales si advierte su vulneración. Se podrá decir que este último derecho no fue invocado por los demandantes; sin embargo, este argumento es débil. Los derechos de rango constitucional deben ser observados, incluso, cuando las partes no lo invoquen en virtud de su dimensión objetiva (obligación de estado de respetar los derechos fundamentales).

En esa misma línea está el principio de *iura novit curia* (los jueces saben derecho). Conforme a este, el juez constitucional puede y debe proteger un derecho fundamental, incluso cuando las partes no lo han invocado o requerido. Si bien se solicita la protección del derecho a la consulta, no se exige lo otros derechos de los pueblos indígenas. Finalmente, esto debe interpretarse, de conformidad con el principio procesal constitucional de informalidad, contenido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, toda vez que un proceso constitucional, como lo señala el fundamento jurídico 33, dura tres años.

TC nunca realiza la ponderación a pesar que la anuncia. En el tercer párrafo del fundamento 7 de la sentencia en análisis, el TC anuncia que debe realizarse una armonización a través de una ponderación. Sin embargo, nunca la realiza. Esto se ha convertido en una mala costumbre dentro del TC. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia 06316-2008-AA/TC (3).

¿La culpa de todo la tiene los cusqueños por reclamar? Esa es la pregunta que a uno le queda cuando termina de leer la sentencia. No sólo se trata de promover una sanción a los magistrados de la Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior de Cusco, se está enviando un mensaje intimidatorio a los potenciales jueces que vienen resolviendo causas parecidas. Pero, además, le prohíbe a la Municipalidad Provincial de Espinar participar y representar a las víctimas que viven en Espinar. La situación va más allá. El fallo, en el fundamento 7, les dice a los manifestantes de Espinar que las protestas deben respetar los derechos de los demás, que no se deben tomar las carreteras ni afectarse la propiedad privada y pública, y que en un Estado Constitucional no se debe solucionar los conflictos “con la propias manos”; como si ellos fueran los únicos culpables del problema.

Sin embargo, el TC olvida que este problema surgió cuando PROINVERSION intentó ejecutar un proyecto sin antes haber realizado un estudio de impacto ambiental y sin haber elaborado el estudio de balance hídrico, violando las normas jurídicas legales y constitucionales ambientales (4). El TC ni si quiera exhorta al Gobierno a tener más celo en el respeto a las normas y procedimientos. El Gobierno acusa de violentistas a la población de Espinar por reclamar el cumplimiento de los derechos y de las normas que regulan materia ambiental y el cumplimiento de una sentencia del Poder Judicial, y el TC guarda silencio (5).

Obviamente hay que condenar todo tipo de violencia en las protestas sociales, pero el TC mete en un mismo saco, de una forma injusta, a los violentistas, que aprovechan las protestas para cometer desmanes y saqueos, actos que condenamos y repudiamos, de los que toman carreteras, cansados de pedir al Estado la protección de sus derechos, y porque no encuentran otra manera de llamar la atención en relación con la violación de sus derechos, todo ello ante la pasividad e indiferencia, si es que no indolencia, del Estado.

Bien haría el TC en revisar el caso Andoas. Un fallo de la Segunda Sala Penal de Justicia de Loreto. En esta sentencia, que luego fue confirmada por la Corte Suprema, se precisó que la criminalización de la protesta social se producen debido a “la falta de capacidad del Estado para dar solución satisfactoria a los reclamos que formulan diversos sectores y grupos sociales, generalmente de bajos o nulos recursos económicos que se ven excluidos de la sociedad”. Añade que “la respuesta que viene dando el Estado a la creciente demanda y protesta social es la judicialización o criminalización de la misma, persiguiendo a los activistas sociales, en vez de dar solución a los reclamos planteados, involucrando al Poder Judicial en asuntos que no le compete resolver toda vez que se trata de conflictos sociales” (6).

Notas:

(1) Ver el artículo de Carolina Canales Cama titulado Eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional, en: Gaceta del Tribunal Constitucional, N° 6, abril-junio 2007.

(2) Ver nuestro artículo “Cuestionable sentencia en el caso Javier Ríos Castillo: Cuando el TC cambia el criterio jurisdiccional de la Suprema en un amparo contra sentencias”. Puede ser revisado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=73>.

(3) Un buen ejemplo de lo que debe ser una ponderación es la realizada por el TC en la sentencia recaída en el exp. N° 00007-2006-AI/TC.

(4) Ver nuestro artículo “¿Quiénes son los violentistas en los sucesos en las protestas de Espinar? El incumplimiento estatal de resoluciones judiciales en el caso de Majes Siguan II”. Puede ser revisado en:

<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=378>.

(5) Sentencia del Poder Judicial ordena suspender la ejecución del Proyecto Majes Siguan II <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=482>.

(6) Ver nuestro artículo: ¿Es delito la toma de carreteras? A propósito de la criminalización de la protesta, PJ vs. Ministerio del interior. Puede ser revisado en: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=653#_ftn9

* Juan Carlos Ruiz Molleda es abogado con especialidad en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, con experiencia de trabajo en Derecho Parlamentario, Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. Pertenece al Instituto de Defensa Legal (IDL) desde el año 2005 a la fecha. Se tituló en Derecho con la Tesis: “Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia en el Perú”.

Fuente: Publicado el 10 de noviembre de 2011 en el Portal informativo Justicia Viva:
<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=697>