



420230010062021000382202842000606

NOTIFICACION N° 1006-2023-JM-CI

EXPEDIENTE	00038-2021-0-2202-JM-CI-01	JUZGADO	JUZGADO MIXTO - Sede Bellavista
JUEZ	TORRES SANCHEZ SIMONA DEL SOCORRC	ESPECIALISTA LEGAL	DIAZ VASQUEZ ESDRAS
MATERIA	ACCION DE AMPARO		

DEMANDANTE	: COMUNIDAD NATIVA DE PUERTO FRANCO ,
DEMANDADO	: EISEN PAREDES GRANDEZ, TITULAR CONCESIONES CON FINES MADERABLES

DESTINATARIO CONSEJO ETNICO DE LOS PUEBLOS KICHWA DE LA AMASONIA CEPKA

DIRECCION : **Dirección Electrónica - N° 64581**

Se adjunta Resolución DIECISÉIS de fecha 14/04/2023 a Fjs : 21
ANEXANDO LO SIGUIENTE:
RESOLUCION N° 16 DE FECHA 03/04/2023: SENTENCIA.

17 DE ABRIL DE 2023

EXPEDIENTE : 00038-2021-0-2202-JM-CI-01
MATERIA : ACCION DE AMPARO
JUEZ : TORRES SANCHEZ SIMONA DEL SOCORRO
ESPECIALISTA : DIAZ VASQUEZ ESDRAS
LITIS CONSORTE : CENTRO DE CONSERVACION INVESTIGACION Y MANEJO DE
AREAS NATURALES CIMA
SERVICIO NACIONAL FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE
SERFOR
DEMANDADO : JEFE DEL SERVICIO NACIONAL DE AREAS PROTEGIDAS POR EL
ESTADO
EISEN PAREDES GRANDEZ, TITULAR CONCESIONES CON FINES
MADERABLES
DIRECCION REGIONAL DE AGRICULTURA DEL GOBIERNO
REGIONAL DE SAN MARTIN,
AGRUPACION MADERERA ALTO BIAVO SAC,
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO ,
JEFE DEL PARQUE NACIONAL CORDILLERA AZUL,
MINISTERIO DEL AMBIENTE,
DEMANDANTE : COMUNIDAD NATIVA DE PUERTO FRANCO ,
CONSEJO ETNICO DE LOS PUEBLOS KICHWA DE LA AMASONIA
CEPKA ,

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO DIECISEIS

Bellavista, tres de abril
del dos mil veintitrés.-

VISTOS; Resulta de autos la demanda interpuesta por la Comunidad Nativa de Puerto Franco debidamente representado, contra el Jefe de la Dirección Regional de Agricultura del Gobierno Regional de San Martín, Ministerio de Agricultura y Riego, Ministro de Ambiente, Jefe del Servicio Nacional Cordillera Azul, Eisen Paredes Grande, Agrupación Maderera Alto Biavo SAC y contra el litisconsorte CIMA, sobre **ACCION DE AMPARO.-**

I.- PETITORIO

Los demandantes solicitan, vía proceso constitucional las siguientes pretensiones:

- Se Ordene a la Dirección Regional Agraria del Gobierno Regional de San Martín inicie el proceso de titulación de la integridad del territorio tradicionalmente utilizado y ocupado por la comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco. Asimismo, solicita en virtud del segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, inaplique por control difuso, en el caso de titulación de la Comunidad Kichwa Puerto Franco, los artículos 11 y 18 del decreto ley N° 22175 que aprobó la Ley General de Comunidades Nativas y el artículo 76 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada por la Ley N° 29763.-

- Ordene al SERFOR el redimensionamiento del Bosque de Producción Permanente (BPP) con la finalidad de excluir de la misma el territorio ocupado tradicionalmente por la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco, en cumplimiento de la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada por la Ley N° 29763..
- Ordene la nulidad de las concesiones forestales dentro del territorio ocupado por la comunidad nativa Puerto Franco por parte de la Autoridad Regional Ambiental del Gobierno Regional de San Martín, en cumplimiento de la Quinta disposición complementaria final de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, probada por la Ley N° 29763.
- Ordene al Presidente de Servicio nacional de área Nacionales protegidas por el Estado (SERNANP) la consulta libre e informada del D.S. 031-2001-AG y el Plan Maestro del Parque Nacional Cordillera Azul 2017-2021
- Ordene a SERNANP para que instruya a los guarda parques del Parque Nacional Cordillera Azul, permitan el acceso a los miembros de la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco y otras comunidades afectadas, a los recursos naturales.
- Ordene a SERNANP cumpla con el derecho de las comunidades nativas sobre las que se superpone el Parque Nacional Cordillera Azul, de beneficiarse de las actividades de conservación en sus territorios.
- Ordene a SERNANP cumpla con el derecho de las comunidades nativas sobre las que se superpone el Parque nacional Cordillera Azul, de participar en la gestión de este con capacidad de decisión.

II.- FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:

Los accionantes indican resumidamente lo siguiente:

- Que la comunidad nativa Kichwa Puerto Franco, se encuentra asentada en el Valle Pikiyacu del Alto Biavo, con décadas de antigüedad, hasta se podría decir que se remontan hasta el siglo XVI, tiempos en los cuales los misioneros de la Orden Jesuita empleaban la lengua quechua como vehículo para la evangelización de pueblos indígenas en la Amazonia, siendo así los comuneros de Puerto Francio quienes han sido reconocidos como pueblos indígenas quechua por el Ministerio de Cultura. Entendiéndose que la comunidad nativa Kichwa Puerto Francio como la mayoría de las Comunidades Nativas Kichwa San Martín, se reconocen y se identifican como parte del pueblo indígena originario Kichwa, que es anterior a la llegada de los españoles. Sin embargo pese al tiempo de antigüedad del asentamiento de esta Comunidad en el Valle Pikiyacu del Alto Biavo, recién fue reconocida como Comunidad Nativa por la Dirección Regional de Agricultura de San Martín, en el año 2016 mediante R.D 228-2016-GR-SM/DRASAM, empero, aun cuando esta ya fue reconocida se omite titular el territorio tradicionalmente ocupado por la Comunidad Nativa en mención, originando el despojo y violación a sus Derechos adquiridos ancestralmente, valiéndose del desconocimiento de las leyes derechos a la no usurpación de los territorios indígenas,

así el 21 de mayo del 2011 a través del D.S 031-2001-AG se crea, aprueba y establece el Parque Nacional Cordillera Azul, sin antes haber realizado la Consulta Previa libre e informada, siendo este un derecho e instrumento de participación en las decisiones sobre todos los asuntos que les conciernen a los pueblos indígenas. Estando establecido el ANP, con fecha 31 de enero del 2017 se aprueba mediante Resolución Presidencial N° 032-2017-SERNANP el Plan Maestro de I Parque Nacional Cordillera Azul 2017-2021, prescindiéndose nuevamente de efectuar la consulta previa correspondiente, desconociéndose el derechos de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno y a la cultura propia y el derecho de definir sus prioridades en el proceso de desarrollo.

- Se ha restringido el acceso al territorio ancestral, empezando por la quebrada de Limoncillo, continuando con la quebrada de Almendras, Yanayaku hasta la quebrada Shillu Shillu a la cual la administración del Parque Nacional de Conservación Cordillera Azul denomina desde el año 2001 como quebrada Chaupi Chontalillo; en todas estas quebradas se ha restringido la pesca, sin embargo se da permiso informalmente a moradores de los caseríos contiguos como lo son Los Ángeles y Ramón Castilla. Otra de las afectaciones, es la intromisión de guarda parques en la vida comunitaria pues hasta el año 2016 participaban en las asambleas, ello hasta que dirigentes de la federación CEPKA iniciaría la difusión de los derechos indígenas...

III. TRAMITE PROCESAL:

- Por resolución N° 01 de fecha 18 de junio del 2021 se admite la demanda, habiéndose corrido traslado a los emplazados, quienes se apersonan al proceso y formulan su defensa correspondiente, a decir:
 - 1) Con escrito de fojas 236 a 254, el **Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado**, debidamente representado por el Procurador Público del Ministerio del Ambiente, contesta demanda solicitando se declare infundada la misma y a la vez deduce excepción de Prescripción, argumentando que: El Decreto Supremo N° 031-2001-AG, mediante el cual se creó el Parque Nacional Cordillera Azul es del año 2001 y la interposición de la demanda es del año 2021, transcurriendo un tiempo más de 20 años, por lo que en aplicación del artículo 44° primer párrafo del Código Procesal Constitucional la demanda de amparo a prescrito; que el referido Decreto Supremo no ha sido materia de cuestionamiento ni mucho menos ha sido impugnado por los demandantes en su oportunidad legal ni en la primera oportunidad que tuvieron, por lo que dado el transcurso del tiempo y en aplicación del principio de seguridad jurídica es extemporánea su pretensión.
 - 2) Con escrito de fojas 316 a 318, la **Agrupación Maderera Alto Biavo S.A.C.**, representado por su apoderado Marcos Pérez Rengifo contesta demanda solicitando se declare infundada la demanda en los términos expuestos allí.

- 3) Con escrito de fojas 322 a 338, el **Ministerio del Ambiente** representado por su Procurador, deduce excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado (Ministerio del Ambiente) por los siguientes fundamentos: - que ninguna de las pretensiones se encuentra relacionadas con las competencias y funciones del Ministerio del Ambiente conforme a ley y a los instrumentos de gestión, tampoco identifica como o con que acciones concretas su representado habría vulnerado los derechos constitucionales que alega. Asimismo deduce excepción de prescripción, el cual son los mismos fundamentos que la excepción que deduce el Servicio de Áreas Naturales Protegidas por el Estado. Además en el Primer Otrosí Digo de su escrito contesta la demanda solicitando se declare infundada conforme a los fundamentos facticos y jurídicos que expone.
- 4) La Procuradora Pública de los Asuntos Jurídicos del **Ministerio de Agricultura y Riego** (hoy Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego), deduce excepción de Incompetencia por Razón de la Materia, por los siguientes fundamentos: - que las pretensiones incoada contra su representada, resulta competente el juez especializado en lo contencioso administrativo, en tanto que es el encargado de conocer demandas relativas a ordenar a una entidad pública la realización de una determinada actuación, - Que la excepción planteada debe ser estimada por las siguientes razones: i) Perspectiva objetiva: desde esta perspectiva, se evidencia que el actor tuvo habilitada la vía contenciosa administrativa para cuestionar la validez de actos administrativos. ii) Perspectiva subjetiva: desde esta perspectiva, se concluye la falta de competencia del juez constitucional habida cuenta de que la parte demandante no ha acreditado un riesgo de irreparabilidad del derecho en caso de que transite por la vía ordinaria...Asimismo la intrascendencia constitucional (desde la perspectiva subjetiva) de la demanda de autos se constata también en sus fundamentos y los medios probatorios ofrecidos, dado que en ninguno de ellos se da cuenta de una prognosis razonable de que en el futuro inmediato la supuesta vulneración del derecho alegado devenga en irreparable, siendo este presupuesto el que determina que el *petitum* deba ser conocido por el juez constitucional (carácter residual y extraordinario del proceso de amparo). Así como deduce la excepción de falta de Agotamiento de la Vía Administrativa, el cual de los fundamentos indica que: la parte actora no alega en la demanda sobre la tramitación ante el SERFOR de un procedimiento de redimensionamiento del BPP San Martín y tampoco se verifica la existencia de una solicitud o procedimiento en trámite sobre redimensionamiento por exclusión del área de la Comunidad de Información y de Ordenamiento Forestal y de Fauna Silvestre, a través del Memorandum N° D000307-2022-MIDAGRI-SERFOR-DGIOFFE con el cual adjunta el Informe Técnico N° D000171-2022-MIDAGRI-SERFOR-DGIOFFS-DCZO. Además de dichas excepciones en el tercero otrosí digo, absuelve el traslado de la demanda solicitado se declare improcedente o Infundada por los fundamentos expuestos en ella.

- Con resolución N° 07 de fojas 466 se tuvo por apercibido al proceso y por contestada la demanda por parte de los emplazados antes mencionados, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios, por interpuesta las excepciones formuladas y se confirió traslado de los mismos a la parte demandante, quienes con escrito de fojas 588 a 622 absolviéron la contestación de demanda y excepciones; luego con resolución N° 11 de fojas 648 se procedió a incorporar como litisconsorte pasiva necesario al centro de conservación, investigación y manejo de áreas naturales – CIMA debidamente representado por su director Ejecutivo Gonzalo Varillas Cueto, resolución que ha sido materia de apelación sin efecto suspensivo de acuerdo a la resolución N° 13 de fojas 639. Con escrito de fojas 765 a 778 el Centro de Conservación, Investigación y manejo de Áreas Naturales – Cordillera Azul, contesta la demanda, solicitando se declare infundada la misma en base a los fundamentos expuestos en ella; teniéndose por apercibido al proceso y por contestada la demanda con resolución N° 14 de fojas 779, donde además se señala fecha de audiencia única conforme al acta de fecha 23 de marzo del 2023, donde se fijaron los puntos controvertidos, se escucha los fundamentos de hechos y derecho de las partes procesales; en ese sentido, al haberse formulado excepciones se procede a resolver cada una de ellas.

IV.- NATURALEZA DE LAS EXCEPCIONES:

4.1.- Las excepciones es un instituto procesal, por el cual el demandado puede oponerse a la pretensión del actor, cuestionando el aspecto formal o de fondo del proceso, persiguiendo anularlo o suspenderlo hasta que se constituya una relación jurídica procesal válida, en este sentido constituye un medio de defensa de forma que para que surta efecto debe estar debidamente amparada por la norma adjetiva. A decir de **DEVIS ECHANDIA**¹ *“La excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hechos, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos”*.

4.2.- En el diseño del Código Procesal Civil, la excepción es un instituto procesal por el cual un demandado puede denunciar la existencia de una relación jurídica inválida por ausencia o de un presupuesto procesal o está presentado de manera deficiente, o no existe o está presentado de una manera deficiente una condición de la acción, esto es, es el formato jurídico por el cual el demandado revisa presupuestos procesales y condiciones de la acción. La Corte Suprema de Justicia de la República recoge el siguiente concepto: *“La excepción es un medio de defensa mediante el cual se cuestiona la relación procesal o la posibilidad de expedirle un fallo sobre el fondo, por la omisión o defecto de un presupuesto procesal o de una condición de la acción, respectivamente”*².

¹ Citado por HINOSTROSA MINGUEZ, Alberto. *Las excepciones en el Proceso Civil – Doctrina y Jurisprudencia 3ra Edición actualizada 2002*. Editorial San Marcos. Pág.49.

² Cas. N°. 1874-99-Ica, “El Peruano” 7.4. 2000, pág. 4971.

4.3.- Las excepciones tienen como finalidad, cuestionar una relación procesal válida entre las partes, que debe sustentarse en el hecho de haberse omitido o haberse presentado defectos en el presupuesto procesal o la condición de la acción.

4.4.- **Excepción de Prescripción Extintiva** deducida por el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado y por el Ministerio del Ambiente, debidamente representado por el Procurador Público del Ministerio del Ambiente:

4.4.1.- El artículo 45 del Código Procesal Constitucional señala: *“El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento”*.

4.4.2.- Monroy Gálvez define la excepción de prescripción como *“...un medio de defensa destinado a extinguir el ejercicio específico del derecho de acción respecto de una pretensión procesal determinada, por haber sido interpuesto fuera del plazo previsto por la norma positiva para dicha pretensión”*. Asimismo como señala el profesor VIDAL RAMIREZ, ***“La prescripción es, desde su origen un medio de defensa y opera como excepción para enervar y neutralizar la acción incoada luego de transcurrido el plazo prescriptorio, previsto en la ley, nos parece acertado, por lo expuesto, el inicio de Larenz para quien la prescripción no es causa de extinción, sino fundamento de una excepción”***. Al constituir un medio de defensa este tiene por tanto una naturaleza netamente procesal que tiene por finalidad atacar la pretensión procesal respecto del derecho material planteado por el demandante y no está dirigida a atacar el derecho sustantivo, por lo que existe resolución sobre el fondo del tema propuesto.

4.4.3.- Esta excepción está destinada a lograr la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, por cuando es una excepción de naturaleza perentoria, sólo por el transcurso del tiempo se ha de interponer no sólo respecto a los derechos reales sino también a los creditorios y en general a los patrimoniales debido a que se sustentan en el transcurso del tiempo, lo que viene a constituir un hecho jurídico, la misma que puede hacerse valer en vía de acción como también mediante la excepción. En este último aspecto se ha precisado que: *“La excepción”* no produce sus efectos al cumplirse el término fijado por la ley (ipso iure), sino solo cuando se hace valer en el proceso (ope exceptionis), desde que se puede renunciar a la prescripción ya ganada”.

4.4.4.- Conforme se advierte del petitorio de la demanda, la parte demandante solicita que: la Dirección Regional Agraria del Gobierno Regional de San Martín, ordene se inicie el proceso de titulación de la integridad del territorio tradicionalmente utilizado y ocupado por la comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco entre otras pretensiones. En este orden de ideas, subrayamos que el elemento característico que configura la concepción de la tierra de los pueblos indígenas, debe observarse el artículo 13° del Convenio N° 169 de

la OIT que establece que los gobiernos deben respetar la importancia que las culturas y los valores de su relación con sus tierras o territorios, en tal sentido se estableció en el artículo 89° de la Constitución Política del Perú” “la autonomía en el uso y la libre disposición de sus tierras, siendo la propiedad de estas imprescriptibles, salvo en el caso de abandono”; previsto en el artículo 88° del mismo cuerpo legal (fundamento 43 del Exp. N° 0022-2009-PI/TC y 00024-2009-PI/TC). Aunado a ello, el Código Procesal Constitucional para el computo del plazo, señala las siguientes reglas en el artículo 45 del Código Procesal Constitucional inciso 3): “Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo de computo es desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución”, sumado a ello señala el inciso 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista, siendo así estando a la naturaleza continuada no prescribe la acción de amparo para la protección de derechos fundamentales. Por todo lo expuesto **corresponde desestimar la presente excepción.**

4.5.- **Excepción de Falta de Legitimidad para obrar del demandado**, deducido por el Procurador Público del Ministerio del Ambiente:

4.5.1.- **Ticona Postigo** sostiene que: *“...,cuando el demandado deduce excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado lo que está haciendo es afirmar que el demandante no es el titular de la pretensión que está intentando o que, en todo caso, no es el único que debería hacerlo sino en compañía de otro u otros, o que él (el demandado) no debería ser el emplazado dado que la pretensión intentada en su contra le es absolutamente ajena o, en todo caso, que no es el único que debería haber sido demandado”.*

4.5.2.- El Procurador Público del Ministerio del Ambiente, refiere que ninguna de las pretensiones se encuentra relacionadas con las competencias del Ministerio del Ambiente que tiene conforme a ley a los instrumentos de gestión; tampoco identifica como o con que acciones concretas la parte demandante habría vulnerado los derechos constitucionales que alega. Sin embargo, conforme el mismo demandado lo ha señalado en su escrito de fojas 322, el objeto del Ministerio del Ambiente es la conservación del ambiente, de modo tal que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta, que permita contribuir al desarrollo integral y social, económico y cultural de la persona humana, en permanente armonía con su entorno, y así asegurar a las presentes y futuras generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; es por ello, que por la condición del ente rector al que está adscrito el SERNANP (Servicio Nacional de Áreas Naturales protegidas por el Estado) que integra el Ministerio del Ambiente es que se determinó el emplazamiento, ya que como ente rector ha permitido determinar que la emplazada tiene intereses

directamente vinculado con las actividades de las ANP (Áreas Naturales protegidas).
Por lo que debe desestimarse esta excepción.

4.6.- **Excepción de Incompetencia por Razón de la Materia**, deducida por la Procuradora Pública de los Asuntos Jurídicos del Ministerio de Agricultura y Riego (hoy Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego):

- 4.6.1.- Sobre esta excepción corresponde exponer que dicho medio de defensa se encuentra regulado en el artículo 446° inciso 1) del Código Procesal Civil. Al respecto, por la excepción de incompetencia, el demandado denuncia la falta de aptitud del juez para ejercer función jurisdiccional en el proceso planteado. Para estos efectos, la competencia debe ser entendida como un fenómeno de distribución del poder jurisdiccional, en atención a diversos criterios como son los de materia, grado, función o territorio. La competencia del Juez es un presupuesto procesal, pues si el Juez no cuenta con la debida competencia no podrá emitir una sentencia válida.
- 4.6.2.- El demandado líneas arriba ha señalado que deduce la presente excepción manifestando entre otros fundamentos que las pretensiones incoadas contra su representada, resulta competente el juez especializado en lo contencioso administrativo, en tanto que es el encargado de conocer demandas relativas a ordenar a una entidad pública la realización de una determinada actuación.
- 4.6.3.- Sobre ello, si bien el Tribunal Constitucional a través del precedente vinculante estableció la sentencia recaída en el expediente N° 1417-2005-AA/TC donde ha delimitado los criterios de procedibilidad a aplicarse en este tipo de procesos, determinando que sólo merecen protección a través del proceso de amparo las pretensiones que pertenecen a contenido esencial de dicho derecho o las que están directamente relacionada a él; sin embargo, es pertinente indicar que los conflictos jurídicos derivados de la demanda incoada corresponde ser revisada en este proceso constitucional, donde se va a determinar si efectivamente existe o no vulneración a los derechos invocados por el actor, las mismas que se encontrarían previstas en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, así como los derechos conexos y derivados que dichas causales surjan; además el artículo III del Título Preliminar de la norma acotada, señala: *“(…)Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación”*; Aunado a ello el Artículo VIII Prescribe que: *“ El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces*

preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”; en ese sentido **la presente excepción debe ser desestimada.**

4.7.- **Excepción de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa**, deducida por la Procuradora Pública de los Asuntos Jurídicos del Ministerio de Agricultura y Riego (hoy Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego):

4.7.1.- El artículo 446° inciso 5) del Código Proce sal Civil, establece la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, el objeto de este medio de defensa es poner en conocimiento que el demandante no ha agotado previamente un procedimiento administrativo que era requisito previo para acudir a la instancia judicial: conceptualmente es procedente cuando la ley obliga previamente agotar lo que en doctrina se denomina “vía previa”, por lo que el Juzgador no resulta incompetente para conocer de una demanda si previamente la parte demandante no ha agotado los recursos impugnatorios previstos en la vía administrativa, por ende es claro que existe una ausencia de interés para obrar

4.7.2.- Esta excepción surge como consecuencia de no haber previamente acreditado la realización del respectivo procedimiento administrativo antes de acudir al órgano jurisdiccional. Los demandados líneas arriba mencionados deducen la presente excepción manifestando que la parte actora no alega en la demanda sobre la tramitación ante el SERFOR de un procedimiento de redimensionamiento del BPP San Martín y tampoco se verifica la existencia de una solicitud o procedimiento en trámite sobre redimensionamiento por exclusión del área de la Comunidad de Información y de Ordenamiento Forestal y de Fauna Silvestre, a través del Memorándum N° D000307-2022-MIDAGRI-SERFOR-DGIOFFE con el cual adjunta el Informe Técnico N° D000171-2022-MIDAGRI-SERFOR-DGIOFFS-DCZO.

4.7.3.- A que, a este efecto debe considerarse que: El amparo es viable, aun habiendo otros procedimientos legalmente previstos, cuando el empleo ordinario de éstos, según las características del problema, pudiera ocasionar un daño grave e irreparable; es decir, cuando se corra el riesgo de brindar al recurrente una protección judicial, pero posterior a su ruina: tornándose así ilusoria la resolución que en definitiva se dicte. El gravamen irreparable, puede configurarse tanto por la lentitud del procedimiento regular, como cualquier otra razón valedera en función de la circunstancias del caso; y siendo así , en el caso de autos si bien no se cumplió con agotar la vía administrativa, se ha producido la causal eximente de dicha exigencia establecida en el inciso 2) del artículo 43 del nuevo Código Procesal Constitucional que indica que en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo; no será exigible el agotamiento de las vías previas si: 2) por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable. Por lo tanto, **es menester desestimar la presente excepción.**

Siendo ello así la causa ha quedado expedita para sentenciar.

V.- ANALISIS DEL CASO:

5.1.- Que la finalidad del proceso de amparo es la protección de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, sea por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona conforme lo regula el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, concordante con el artículo 200° inciso 2 de la Constitución Política del Estado, debiendo resaltar que el Tribunal Constitucional ha señalado que ello importa dos hechos simultáneos: 1) Suspender aquella violación o amenaza de violación y, restituir el derecho cuando efectivamente ha sido vulnerado y 2) Que la amenaza debe ser inminente e inmediata, cierta y no presunta.

5.2.- Conforme ha precisado el Tribunal Constitucional en la STC N° 06396-2005-PA/TC - Arequipa en el fundamento 4), en los seguidos por Margot Marlene Pacheco Chávez “El proceso de amparo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional. Lo que significa que, si el recurrente ostenta la calidad de titular del derecho constitucional, el amparo se dirige básicamente a analizar si el acto reclamado es lesivo o no de aquel subjetivo reconocido por la Constitución”. Para lo cual se encuentra en obligación la parte accionante el precisar dicha afectación y como se encuentra vinculada a la norma constitucional.

5.3.- Para que se cumpla con el objeto del amparo, resulta necesario e indispensable que se acredite la violación o amenaza de violación del derecho constitucionalmente alegado, a fin de que la pretensión pueda ser amparada, constituyendo este una garantía de los ciudadanos frente a la transgresión de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, debiéndose precisar que el Tribunal Constitucional en la STC 976-2001AA/TC ha establecido que mediante este tipo de proceso no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros procesos, sino solo se restablece su ejercicio. Ello supone como es evidente, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado, de allí, que este proceso de amparo es tan sumario en razón de que el Juez no se encuentra obligado a actuar pruebas. Lo cual no le significa que le esté prohibido, pero juzga con suficiencia probatoria que le permita atender la pretensión en tiempo breve y rápido.

5.4.- De conformidad con lo establecido con el artículo 197° del Código Procesal Civil aplicable al presente proceso de manera supletoria, que establece que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión. Además cabe señalar que la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley, así como los reglamentos respectivos según los preceptos y

principios constitucionales, que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

5.5.- El artículo 139° (Principios de la Administración de Justicia) inciso 3) de la Carta Magna concordante con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, señala que “son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La Observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”. El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso “intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad” (STC Exp. N° 010-2002-AL/TC).

5.6.- El artículo 139° (Principios de la Administración de Justicia) inciso 3) de la Carta Magna, recoge como principios y derechos a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, los cuales forman parte de una gama de derechos fundamentales concebidos como garantías procesales a fin de procurar una reintegración del derecho y proceso.

5.7.- Antes de analizar cada una de las pretensiones, El SERNANP representado por su Procurador Público del Ministerio del Ambiente, y lo expuesto por el abogado del CIMA en el informe oral, señalaron que la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco no es determinante la ancestralidad ya que permiten la incorporación de foráneos a su comunidad; sobre ello, de acuerdo al informe antropológico que se adjunta a la demanda, se tiene que los kichwa habitan tradicionalmente en el departamento de San Martín, constituyen un pueblo indígena descendientes de los Tabalosos, Lamas, Amasifuen, Cascabosoas, Jaumuncos, Payanos, Suchichis y Muniches, que fueron “quechuzados” durante diferentes periodos históricos, especialmente en la colonia y repartidos en encomiendas (Mora & Zarzar, 1997). Actualmente asentados a lo largo de las cuencas de los ríos Caynarachi, Mayo, Sisa y Huallaga en las provincias de Lamas, El Dorado, Bellavista, Picota, Tocache, Huallaga y San Martín (INEI: 2007), conforme bien lo describe el informe antropológico adjuntado a la demanda. Sobre la conformación de la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco procedentes de otras zonas, se explica a partir de los múltiples factores sociales económicos y políticos que tuvieron comienzo en la conquista militar de la selva en el siglo XVI, entre la expansión de la colonia y la república: entre ellos las campañas militares, los desplazamientos forzados, las reducciones misioneras, la esclavitud, la migración, el conflicto armado interno, etc. situación que ha tenido lugar no solo en la región San Martín, sino en otras partes de la Amazonía, tanto en Perú, en los ríos

Pastaza, Tigre y Napo, como en Ecuador, en Quijos, Puyo y Napo. La población indígena comenzó a buscar nuevos lugares de asentamiento en sus lugares tradicionales de caza (Puga 1989), como es el caso de la comunidad nativa Puerto Franco, pues la disminución del acceso a la carne de monte, su principal fuente de proteínas hasta este momento (Rengifo y Panduro 1993). Del mismo modo, en el informe antropológico presentado como medio probatorio al presente proceso, se ha sustentado la ancestralidad y la conformación de la Comunidad demandante, lo que desvirtúa los hechos señalados por SERNANP en su escrito de contestación de demanda a través de la Procuradora del Ministerio de Agricultura y por el abogado de CIMA al momento de su informe oral.

5.8.- Bajo ese contexto, en cuanto a la primera pretensión: **Que se Ordene a la Dirección Regional Agraria del Gobierno Regional de San Martín inicie el proceso de titulación de la integridad del territorio tradicionalmente utilizado y ocupado por la comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco. Asimismo, solicita en virtud del segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, inaplique por control difuso, en el caso de titulación de la Comunidad Kichwa Puerto Franco, los artículos 11 y 18 del decreto ley N° 22175 que aprobó la Ley general de Comunidades Nativas y el artículo 76 de la Ley Forestal y de fauna Silvestre, aprobada por la Ley N° 29763.-** tenemos:

5.8.1.- La normatividad nacional, supranacional y jurisprudencia señalan lo siguiente:

- ✓ El artículo 89° de la Constitución Política del Estado, prescribe: “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”.
- ✓ La STC N° 1126-2011-HC/TC en el ff.20 y en la STC 0005-2006-PI-TC (ff.40), el Tribunal ha reiterado que el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley.
- ✓ El Convenio 169-OIT, respecto a los territorios de las Comunidades Nativas e Indígenas, en sus artículos pertinentes establece:

Artículo 13. 1. La utilización del término *tierras* en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regionales que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos

apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

- ✓ Los artículos 10° y 11° del Decreto Ley N° 22175, ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva. Prescriben:

Artículo 10°.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas, levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad. Para la demarcación del territorio de las Comunidades Nativas, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) Cuando hayan adquirido carácter sedentario, la superficie que actualmente ocupan para desarrollar sus actividades agropecuarias, de recolección. Caza y pesca; y
- b) Cuando realicen migraciones estacionales, la totalidad de la superficie donde se establezcan al efectuarlas.
- c) Cuando posean tierras en cantidad insuficiente se les adjudicará el área que requieran para la satisfacción de las necesidades de su población.

Artículo 11° La parte del territorio de las Comunidades Nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedida en uso y su utilización se regirá por la legislación sobre la materia.

Artículo 18°.- Las Comunidades Nativas localizadas dentro de los límites de los Parques Nacionales, cuyas actividades no atenten contra los principios que justifican el establecimiento de dichas unidades de conservación, podrán permanecer en ellas sin título de propiedad.

- ✓ Aunado a lo expuesto, cabe señalar lo que ha dicho el TC en la Resolución 03696-2017-AA, es que el amparo si es idóneo para proteger el derecho a la titulación, como parte del contenido del derecho de propiedad de las comunidades nativas sobre su territorio ancestral:

1. Reconocimiento del derecho a la titulación como parte del contenido constitucional convencional protegido del derecho de propiedad indígena. Sobre ello, Muchos procesos de amparo presentados por comunidades exigiendo titulación de su territorio ancestral, han sido rechazados por jueces, aduciendo que esta no forma parte del contenido constitucional del derecho de propiedad en los siguientes términos:

“Al respecto, esta Sala del Tribunal Constitucional, pese a lo indicado en las instancias previas, considera que lo alegado por la parte demandante tiene estrecha relación con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos a la propiedad y medio ambiente de los pueblos indígenas, aspectos que, en principio, ameritan un análisis respecto del fondo de la controversia y que, por ello, desde ningún punto de vista ameritan un rechazo liminar de la demanda”. (RTC No 03696-2017-PA/TC, f. j. 4).

5.8.2.- De conformidad con la normatividad nacional, supranacional y jurisprudencia, se colige; que reconocen una autonomía organizativa, económica y administrativa de las Comunidades Nativas, incluyendo la libre disposición de sus tierras y el ejercicio de sus funciones direccionales dentro de su ámbito territorial; es decir dichos derechos territoriales deben guardar concordancia con la Constitución Política citada.

5.9.- En consecuencia: el Estado debe tomar medidas para determinar y delimitar las tierras que las Comunidades Nativas e Indígenas ocupan ancestralmente, como medio de garantizar una protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, a fin de que, cuando se realice una exploración y explotación de los recursos naturales se tenga una adecuada perspectiva de la realidad, sin vulnerar sus derechos fundamentales. Por lo que esta pretensión debe declararse fundada, en cuanto a las emplazada Dirección Regional Agraria del Gobierno Regional de San Martín quienes deben gestionar la demarcación, delimitación de las tierras que ancestralmente pertenecen a la comunidad nativa de Puerto Franco, organización del Pueblo Indígena Kichwa. Para dicha titulación debe inaplicarse el artículo 11° y 18° de la ley 22175, en los territorios de uso forestal, se les otorga las tierras o territorios en calidad de uso, contradiciendo a la Constitución, así como los derechos que tiene las Comunidades Nativas su acceso a la propiedad de sus territorios ancestrales, por tanto, la parte de la ley que otorga la cesión en uso de los territorios de uso forestal a las comunidades es contrario al derecho a la propiedad que la Constitución reconoce, en ese sentido se debe inaplicar los artículos en mención y procederse a la Titulación de los territorios de las comunidades demandantes.

5.10.- Asimismo se procederá a inaplicar el artículo 76° de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada por la Ley N° 29763. Que prescribe: “Por la cesión en uso, el Estado reconoce el derecho real exclusivo, indefinido y no transferible de las comunidades nativas sobre las tierras comunales no agrícolas con el fin de asegurar los usos tradicionales y sus sistemas de vida. Les reconoce, en exclusividad, la posesión, acceso, uso, disfrute y aprovechamiento de las tierras de producción forestal y de protección, de sus recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas que en ellas se encuentran. El gobierno regional emite la resolución demarcando las tierras de aptitud forestal adjudicadas en cesión en uso, incluyendo las tierras de capacidad de uso mayor para la producción forestal y las de capacidad de uso mayor para protección, en forma simultánea a la adjudicación en propiedad de las tierras agropecuarias”, esto es que al permitir los contratos de cesión de uso de suelos forestales y/o

de protección, desnaturaliza y viola el derecho al territorio y a la propiedad de la mencionada comunidad, quienes se encuentran reconocidos en el artículo 21 de la de la CADH y los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, así como en el artículo 26 y 27 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

5.11.- Respecto de la segunda y tercera pretensión: **Se ordene al SERFOR el redimensionamiento del Bosque de Producción Permanente (BPP), con la finalidad de excluir de la misma el territorio ocupado tradicionalmente por la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco,** en cumplimiento de la Quinta disposición complementaria final de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, probada por la Ley N° 29763 **y Ordene la nulidad de las concesiones forestales dentro del territorio ocupado por la comunidad nativa Puerto Franco por parte de la Autoridad Regional Ambiental del Gobierno Regional de San Martín,** en cumplimiento de la Quinta disposición complementaria final de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, probada por la Ley N° 29763.

5.11.1.- La Quinta disposición complementaria final de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada por Ley No 2976331, prohíbe expresamente la entrega de concesiones forestales en territorios que están pendientes de titulación:

“QUINTA. No se otorga títulos habilitantes forestales y de fauna silvestre en áreas en trámite de reconocimiento, de titulación o de ampliación de comunidades campesinas y nativas, así como en las áreas en trámite para el establecimiento de reservas territoriales para los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial, en concordancia con los tratados internacionales en vigor. En el reglamento, se establecen los plazos necesarios para la aplicación de esta disposición”.

5.11.2.- Es por ello que crear Bosques de Producción Permanente por SERFOR y la entrega de concesiones forestales por el Gobierno Regional de San Martín, en territorio de la comunidad Nativa kichwa Puerto Franco que aún no ha sido titulado previamente, como lo ordena el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, es incompatible con el artículo 21 de la CADH, aclarada por la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH. En efecto, la Corte IDH ha sido muy clara en el Caso Awas Tigni vs Nicaragua, al ordenar que el Estado nicaragüense titule los territorios de los pueblos indígenas, y que mientras no se titule el territorio de estos pueblos, los Estados deben abstenerse de entregar o reconocer cualquier tipo de derechos sobre los territorios.

“la Corte dispone que el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, Nicaragua se debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los

bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni". (Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 164)

5.11.3.- Asimismo, el artículo 18 del Convenio 169 de la OIT, señala

✓ *"Artículo 18*

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones".

✓ Además, el artículo 17.3 del Convenio 169 de la OIT, señala.

"Artículo 17

[...]

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos".

5.11.4.- En ese sentido, en los hechos de crear bosques de producción permanente y entregar concesiones forestales implica una forma de intrusión y de uso no autorizado de sus recursos naturales en el territorio de la comunidad nativa Puerto Franco, además la creación de Bosques de Producción Permanente y la entrega de concesiones forestales constituye materialmente una forma de despojo del territorio de la referida comunidad, por lo que se encuentran expresamente prohibidas por los artículos antes mencionados. Es por eso que en esa misma línea el artículo 70 del D.S. N° 18-2015-MINGRI (Decreto Supremo que aprueba el reglamento para la Gestión Forestal), establece que la Autoridad Regional y de Fauna Silvestre verificará que el área solicitada no se superponga con predios privados, comunidades nativas ni comunidades campesinas, incluyendo lo establecido en la quinta disposición complementaria final de la ley forestal.

5.11.5.- Por su lado, la ARFFS Autoridad Regional Forestal y de Fauna Silvestre, *verifica que el solicitante cumpla con las condiciones señaladas en los literales d, e, f y g del artículo 69, y verifica que el área solicitada no se superponga con predios privados, comunidades nativas ni comunidades campesinas, incluyendo lo establecido en la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley. La ARFFS puede solicitar asistencia técnica al Ministerio de Cultura para el uso de la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios.*

a. *En el caso de procesos de otorgamiento de concesiones por concurso público, los documentos que debe presentar el interesado o postor para acreditar que cumple con las condiciones mínimas, serán determinados por la ARFFS en las bases que se*

aprueben para el otorgamiento de las concesiones, de acuerdo a los lineamientos que para tal efecto apruebe el SERFOR". En consecuencia, la pretensión debe ser estimada.

5.12.- Respecto a la cuarta pretensión: **Que se Ordene al Presidente de Servicio Nacional del Área Nacionales Protegidas por el Estado (SERNANP) la consulta libre e informada del D.S. 031-2001-AG y el Plan Maestro del Parque Nacional Cordillera Azul 2017-2021**: los artículos 06° y 15° del Convenio 169-OIT, prescribe n:

- ✓ Artículo 06.- 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 (...)
- ✓ Artículo 15° (...) 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.

5.12.1.- El derecho a la consulta previa libre e informada es un derecho en sí mismo, pero al mismo tiempo, es un instrumento para proteger otros derechos de los pueblos indígenas, como los derechos a la propiedad, a la identidad cultural, a la autodeterminación, a los recursos naturales, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia. Cabe destacar que la obligación de consultar no inicia con la promulgación de la Ley de consulta y su reglamento, sino como bien lo ha definido el Tribunal Constitucional es exigible desde el 2 de febrero de 1995: "La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. (...) Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento". (STC 00025-2009-PJ. f.j.23). El artículo 6° del Convenio 169 de la OIT es clara, reconoce instituciones y mecanismos de consulta, la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios, la promoción de mecanismos e instituciones de consulta adecuados y exige buena fe y proceder de acuerdo a las circunstancias para lograr el desarrollo de la consulta. No se trata de una formalidad a superar. El objetivo de este es llegar a un acuerdo, en consecuencia, hay que orientar los esfuerzos hacia esa finalidad. En este caso, conforme a lo expuesto en la demanda se ha violado varias

veces el derecho, cuando se crea el Parque Nacional Cordillera Azul, sin previa consulta a la Comunidad Nativa Puerto Franco, por lo que debe tenerse en cuenta que el hecho que los pueblos indígenas afectado no hayan solicitado la realización del proceso de consulta previa, no exonera al Estado de su obligación de realizar la misma. La dimensión objetiva del derecho a la consulta exige al estado hacerla, independientemente que la haya sido requerido – la obligación surge del hecho de que una propuesta (estatal o privada) afectaría otros derechos sustanciales de los pueblos indígenas, tal como el derecho a la propiedad, a la cultura, etc, por lo que en ese sentido es menester ordenar al Presidente de Servicio Nacional de Área Nacionales protegidas por el Estado (SERNANP) la consulta libre e informada del D.S. 031-2001-AG y el Plan Maestro del Parque Nacional Cordillera Azul 2017-2021.

5.13.- Respecto a la quinta pretensión: Se ordene a SERNANP para que instruya a los guardaparques del Parque Nacional Cordillera Azul, permitan el acceso a los miembros de la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco y otras comunidades afectadas, a los recursos naturales.

5.13.1.- Tal como se ha advertido en el Peritaje Antropológico sobre uso del territorio ancestral en la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco, en la parte de hechos, existe una sistemática restricción del guarda parques a la población de la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco, de acceder a los recursos naturales que existen en sus territorios, indispensables para garantizar la subsistencia de los pobladores de la comunidad, y la negativa de estos guarda parques a la práctica de las purmas, el cual viola los artículos 15.1 y 23.1 del Convenio de la OIT que señala:

Artículo 15.- “ 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes de sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

Artículo 23: 1. La artesanía, las industrias y comunitarios y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico. Con la participación de esos pueblos y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades”.

5.13.2.- Los derechos no son absolutos, pueden ser restringidos siempre que se acredite que esta restricción está justificada porque busca proteger y concretar derechos o bienes jurídicos constitucionales de mayor importancia. Es necesario entender que la restricción de acceso a sus tierras y a realizar sus actividades agrícolas en contra de la comunidad nativa Puerto Franco, por parte de los guarda parques pone en peligro la sobrevivencia de la comunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el

caso Sarayaku, párr. 205, señala que: los EIA son Salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a la comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo”.

5.14.- Respecto a la sexta y séptima pretensión: Se ordene a SERNANP cumpla con el derecho de las comunidades nativas sobre las que se superpone el Parque Nacional Cordillera Azul, de beneficiarse de las actividades de conservación en sus territorios y Se ordene a SERNANP cumpla con el derecho de las comunidades nativas sobre las que se superpone el Parque nacional Cordillera Azul, de participar en la gestión de este con capacidad de decisión.

5.14.1.- SERNANP mediante CARTA N° 014 - 2022-SERNANP-AIP de fojas 477 a 480, respondida en razón a un pedido de información, ha señalado que desde el 2008 hasta enero del 2022, se ha comercializado 30,778,542 créditos de carbono (mercado nacional e internacional) por servicios ecosistémicos que brinda el Parque Nacional Cordillera Azul-PNCAZ, y que a la fecha se han comercializado créditos de carbono por un valor de US\$80,546,251.01 de los cuales han cancelado US\$30,470,012.70. Los fondos pendientes serán cancelados durante los años 2022 y 2023.

5.14.2.- Tales cifras y datos fueron corroborados por CIMA, en su calidad de ejecutor del contrato de administración del PNCAZ, que ha señalado mediante Carta N° 018-2022-CIMA/DE/GVC, de fecha 9 de mayo del 2022, obrante a fojas 483 a 485, que en cuanto al monto del dinero producido por la venta de carbono capturado por el PNCAZ desde el inicio del proyecto en el año 2008 hasta la fecha, suscribimos los señalado por SERNANP en la carta indicada en el punto precedente: “A la fecha se han comercializado créditos de carbono por un valor de US\$ 80,546,251.01 de los cuales se han cancelado US\$ 30,470,012.70. Los fondos pendientes serán cancelados durante los años 2022 y 2023.” El cual a fojas 585 a 587 se adjunta la lista de compradores de los 30,778,542 créditos de carbono comercializados. Sobre el territorio ocupado tradicionalmente por la comunidad nativa kichwa Puerto Franco, ubicada en el distrito, en la provincia de Bellavista en la región San Martín, se creó en el año 2001 el Parque Nacional Cordillera Azul. Se trata de una comunidad que es base de la organización indígena kichwa denominada Consejo Étnico de los Pueblos Kichwa de la Amazonía (CEPKA), El problema es que la comunidad Puerto Franco no se ha beneficiado en absoluto de estas labores de conservación de los bosques, a pesar que son comunidades -como la de Puerto Franco-, las que en los hechos conservan estos bosques y han mantenido en pie dichos bosques por cientos y miles de años de acuerdo al Peritaje Antropológico. Lo importante para destacar es que a cambio de los proyectos de carbono de la reforestación todo depende de las actividades de la reforestación. A cambio en los proyectos de ‘reducción de emisiones’ como el ‘Proyecto’ las posibles ganancias depende de la labor histórico de criar y cuidar el

bosque así que son el rol histórico de los pueblos indígenas no habrá bosque en dicha área. En efecto, la creación de este Parque no solo nunca fue consultado con la comunidad Puerto Franco al momento de su creación en el año 2001, sino que la comunidad no se beneficia actualmente del dinero que se está pagando por la conservación de estos bosques, actividades de conservación denominados "REDD++" que significa "Reducción de Emisiones derivadas de la Deforestación y la Degradación de los bosques".

5.14.3.- Además el Artículo 15 1 del Convenio OIT señala que: "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".

Por las consideraciones precedentemente expuestas, y con las facultades conferidas por los artículos 138° y 139° inciso 2 y 5 de la Constitución Política del Perú y con el artículo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, administrando justicia a nombre de la Nación:

SE RESUELVE

1.- DECLARAR INFUNDADA LAS EXCEPCIONES:

1.1.- De Prescripción deducida por el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado y por el Ministerio del Ambiente, debidamente representado por el Procurador Público del Ministerio del Ambiente:

1.2.- De Legitimidad para Obrar del demandado, deducida por el Procurador Público del Ministerio del Ambiente.

1.3.- De Incompetencia por Razón de la Materia y Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa deducida por la Procuradora Pública de los Asuntos Jurídicos del Ministerio de Agricultura y Riego (hoy Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego):

2.- DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA de acción de amparo interpuesta por la Comunidad Nativa de Puerto Franco debidamente representado por el APU Jefe Alpino Fasabi Tuanama, contra la Dirección Regional de Agricultura del Gobierno Regional de San Martín, Ministerio de Agricultura y Riego, Ministra de Ambiente, Jefe del Servicio Nacional de Áreas Protegidas del Estado, Jefe del Parque nacional Cordillera Azul, Eisen Paredes Grandez, Agrupación Maderera Alto Biavo SAC, y contra el Litisconsorte pasivo necesario Centro de Conservación, Investigación y Manejo de Áreas Naturales – CIMA; en consecuencia.

2.1.- Se Ordena a la Dirección Regional Agraria del Gobierno Regional de San Martín inicie el proceso de titulación de la integridad del territorio tradicionalmente utilizado y ocupado por la comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco. **Inapliquese** en virtud del segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, en el caso de titulación de la Comunidad Kichwa Puerto Franco, los artículos 11 y 18 del Decreto Ley N° 22175 que

aprobó la Ley General de Comunidades Nativas y el artículo 76 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada por la Ley N° 29763.-

- 2.2.- Se Ordena al SERFOR el redimensionamiento del Bosque de Producción Permanente (BPP) con la finalidad de excluir de la misma el territorio ocupado tradicionalmente por la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco, en cumplimiento de la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada por la Ley N° 29763.
 - 2.3.- Se Ordena la nulidad de las concesiones forestales dentro del territorio ocupado por la Comunidad Nativa Puerto Franco por parte de la Autoridad Regional Ambiental del Gobierno Regional de San Martín, en cumplimiento de la Quinta disposición complementaria final de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, probada por la Ley N° 29763.
 - 2.4.- Se Ordena al Presidente de Servicio Nacional de Área Nacionales protegidas por el Estado (SERNANP) la consulta libre e informada del D.S. 031-2001-AG y el Plan Maestro del Parque Nacional Cordillera Azul 2017-2021.
 - 2.5.- Se Ordena a SERNANP para que instruya a los guarda parques del Parque Nacional Cordillera Azul, permitan el acceso a los miembros de la Comunidad Nativa Kichwa Puerto Franco y otras comunidades afectadas, a los recursos naturales.
 - 2.6.- Se Ordena a SERNANP cumpla con el derecho de las comunidades nativas sobre las que se superpone el Parque Nacional Cordillera Azul, de beneficiarse de las actividades de conservación en sus territorios.
 - 2.7.- Se Ordena a SERNANP cumpla con el derecho de las comunidades nativas sobre las que se superpone el Parque Nacional Cordillera Azul, de participar en la gestión de este con capacidad de decisión.
- 3.- Consentida y/o ejecutoriada sea la presente resolución, **Archívese** el presente proceso donde corresponda. **NOTIFIQUESE.** A los escritos presentados por la parte demandante, **agréguese** a los autos.