

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
**DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Constitución Económica:
Desarrollo, Medio Ambiente
y Conflicto Social

5 | NUEVA ÉPOCA | 2012
Edición especial |

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 5, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2012

Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social

PRESENTACIÓN	13
--------------------	----

ESTUDIOS

Oscar Súmar Albuja <i>Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico</i>	17
Raffo Velasquez Melendez <i>Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa</i>	35
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión</i>	85
Daniel Yacolca Estares <i>Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú</i>	111
Eddie Cóndor Chuquiruna <i>Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional</i>	135
Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez <i>La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales</i>	147
Areli Valencia Vargas <i>Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones a propósito del caso peruano</i>	153
José Francisco Gálvez <i>El desarrollo del derecho indígena en el Perú</i>	181

Vanessa Tassara Zevallos <i>¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149° de la Constitución?</i>	203
Nadia Iriarte Pamo <i>Derechos colectivos de los pueblos indígenas</i>	219
Juan Ramón Rivero Mejía <i>Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas</i>	233
Juan Carlos Ruiz Molleda <i>Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios</i>	255
Martha Cecilia Paz <i>La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano.</i>	287
Avigail Eisenberg <i>El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá</i>	305

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2005-2012)

1) <i>STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, de fecha 27 de setiembre de 2005. Sobre la competencia de un Gobierno Regional para legalizar el cultivo de la hoja de coca. Por Evelyn Chilo Gutiérrez.</i>	315
2) <i>STC 03343-2007-PA, de fecha 20 de febrero de 2009. El Caso Cordillera Escalera y la primera piedra sobre la consulta previa. Por Cynthia Vila Ormeño.</i>	325
3) <i>STC 04611-2007-PA, de 15 de abril de 2010. Legitimidad activa de las comunidades nativas en los procesos de tutela de derechos y titularidad del derecho al honor: aspectos procesales y sustantivos. Por Fabiana Orihuela Silva.</i>	333
4) <i>STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos. Por Jaime de la Puente Parodi.</i>	341
5) <i>STC 06316-2008-PA, de fecha 30 de junio de 2010. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Caso AIDESEP I. Por Aldo Blume Rocha.</i>	349

6) <i>STC 05427-2009-PC, de fecha 23 de agosto de 2010. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso de la consulta previa.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	357
7) <i>STC 00025-2009-PI, de fecha 17 de marzo de 2011. Derecho de consulta de pueblos indígenas y la Ley de Recursos Hídricos N.º 29338.</i> Por Susana Távora Espinoza.	365
8) <i>STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	369
9) <i>STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.</i> Por Fabiana Orihuela Silva.	377
10) <i>STC 1126-2011-PHC, de fecha 24 de setiembre de 2012. La garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas.</i> Por Javier Adrian Coripuna.	385

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Francisco Balaguer Callejón <i>Crisis económica y crisis constitucional en Europa</i>	391
Rolando Luque Mogrovejo <i>La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	409

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández <i>Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	443
---	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	457
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	459
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	461

COMENTARIO A LA STC 0022-2009-PI,
DE 9 DE JUNIO DE 2010

*DERECHO DE CONSULTA: CONTENIDO,
CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS*

POR JAIME DE LA PUENTE PARODI
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

- 1.1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de consulta.
- 1.2. Los elementos y las características del derecho de consulta.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

Resulta paradójico que la relevancia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sea evaluada a partir de un hecho nefasto. Sin embargo el 5 de junio de 2009, cuando el Poder Ejecutivo ordenó la incursión policial en la Curva del Diablo, provincia de Bagua, región de Amazonas se escribió un episodio de la historia que no podrá ser olvidado. El origen fue un conflicto social fuera de control que dejó un saldo de víctimas mortales que según cifras oficiales asciende a 23 policías, 5 civiles indígenas, 5 civiles no indígenas, y 200 heridos y 1 desaparecido^[1]. Dicha situación, repudiable desde cualquier punto de vista, provocó una sensibilización de la ciudadanía respecto de los conflictos sociales lo que obligó al Estado, en todos sus estamentos, a revisar el tratamiento que hasta ese momento se le brindaba a los actores principales, vale decir a las Comunidades Campesinas y Nativas, tal como se define en el artículo 89 de la Constitución. Esto incluyó, como era de esperarse, el análisis

[1] <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>

de la protección de los derechos fundamentales de la población que compone ese conglomerado social.

Es en dicho escenario que diversas cuestiones como la promulgación de la Ley de Consulta, la reorganización de la Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro peruanos (INDEPA) y los alcances del Convenio OIT 169, se colocan [una vez más] en la agenda política y son materia de estudio, exposición y debate, que naturalmente se traslada a los medios de comunicación convirtiéndose en tópicos no únicamente de foros especializados, sino en conversaciones cotidianas. Asimismo, la temática referida al Convenio OIT 169 es materia de controversias constitucionales adquiriendo mayor relevancia debido a la imperiosa necesidad de que los conflictos jurídicos puedan ser resueltos satisfactoriamente y con ello se imponga un clima de armonía en las relaciones sociales, especialmente en las de carácter externo, del especial grupo social que compone las Comunidades Campesinas y Nativas.

Es menester mencionar, para ubicar la sentencia constitucional en el marco histórico-político adecuado, que si bien con anterioridad al año 2009 se intentó articular el Convenio OIT 169 a través de una Ley de Consulta^[2], es en el contexto descrito líneas arriba que se presenta el Proyecto de Ley 00089/2011-CR^[3] (que agrupa las iniciativas 00006, 00029, 00047 y 00049), y que finalmente se aprueba en la primera legislatura ordinaria del 2011 y da lugar a la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)^[4]. Posteriormente, por Decreto Supremo 001-2012-MC se publica el reglamento^[5] de la ley mencionada con el objeto de regular el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso de consulta y la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso; cerrando así el tratamiento legislativo que para todos los efectos emana de las obligaciones establecidas en el Convenio OIT 169.

Aproximadamente un año antes de publicada la Ley 29785 el Tribunal Constitucional expidió la STC 0022-2009-PI/TC (Caso Tuanama I),^[6] mediante la cual resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo 1089, que reguló el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Ti-

[2] http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/04_dic_congreso.pdf. Dictamen de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, y Afroperuanos, Ambiente y Ecología recaído en los Proyectos de Ley N.º 413/2006-CR, 427/2006-CR y 2016/2007-CR

[3] Fue presentado el 22 de agosto de 2011.

[4] Publicada el 7 de setiembre de 2011.

[5] Publicado el 3 de abril de 2012.

[6] Publicada el 17 de junio de 2010.

tulación de Predios Rurales. En dicha decisión si bien se declaró infundada la demanda y se interpretó el Decreto Legislativo 1089 precisándose que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas, el Alto Tribunal consideró oportuno llenar la suerte vacío normativo sobre la consulta previa desarrollando a nivel jurisprudencial, entre otros puntos, los alcances del derecho de consulta, y estableciendo las líneas base con el fin de coadyuvar a que el mecanismo para su ejecución pueda ser materializado, vale decir tenga plena eficacia, delineando para ello el procedimiento de consulta y sus principios rectores.

Para entender la decisión del Pleno Jurisdiccional de expedir la sentencia en los términos mencionados, debe tenerse en cuenta que recién con el Decreto Supremo 023-2011-EM^[7] se aprobó el Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, dispositivo legal que según sus considerandos fue emitido en cumplimiento de la STC 05427-2009-PC/TC (Caso AIDSESEP II)^[8], circunstancia de la cual se advierte que el pronunciamiento judicial materia de este análisis se convirtió en una herramienta que, al reiterar la plena vigencia del Convenio OIT 169 en nuestro ordenamiento jurídico (antes se efectuó en la STC 03343-2007-PA/TC), hizo posible que el indicado tratado internacional sea complementado por las consideraciones vertidas por el Tribunal Constitucional, allanando el camino para que el derecho de consulta adquiera contornos más concretos, y que si bien el proceso no ha concluido pues se siguen implementando medidas para lograrlo^[9] aún queda mucho por hacer, sobre todo cuando se siguen dilucidando controversias en las que el derecho de consulta constituye materia constitucionalmente relevante como en la STC 0005-2012-PI/TC, publicada el 14 de enero de 2013.^[10]

3. *Análisis*

Merece ser aclarado previamente lo señalado en el acápite anterior, en el sentido que si bien el artículo 89 de la Carta Fundamental adopta el término de Comunidades Campesinas y Nativas, el Tribunal Constitucional en consonancia a la terminología adoptada por el Convenio OIT 169 y la Declaración de las Na-

[7] Publicado el 12 de mayo de 2011 y derogado por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 29785.

[8] Publicada el 23 de agosto de 2010.

[9] Mediante la Resolución Viceministerial 001-2012-VMI-MS se crean los Registros de Interpretes de Lenguas Indígenas u Originarias y de Facilitadores.

[10] Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional 108-2008-GRJ/CR del Gobierno Regional de Junín. Pueden revisarse sobre el derecho de consulta los fundamentos jurídicos 36 al 42.

ciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha considerado adecuado hacer uso de la denominación pueblos indígenas comprendiendo de este modo en el ámbito de aplicación subjetivo del derecho de consulta tanto a las comunidades campesinas como a las nativas, siguiendo la línea de lo expuesto en la STC 03343-2007-PA/TC al reconocer el derecho a la identidad étnica.

El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 01417-2005-PA/TC al referirse al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que “que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”. Teniendo en cuenta tal premisa, en la STC 0022-2009-PI/TC se establece el contenido constitucionalmente protegido del derecho de [a la] consulta señalando que este derecho importa: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto a las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados.

El acceso debe entenderse en su sentido más primario, vale decir en el hecho de iniciar el mecanismo de consulta cuando se configuren los supuestos establecidos en el Convenio OIT 169, de modo tal que si se establece una medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y la consulta no se realiza por una negativa de los entes responsables, es evidente que se produciría una afectación del derecho de consulta. Sobre dicho componente la Ley 29785 señala que la medida debe afectar los derechos colectivos sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Asimismo precisa que la consulta debe efectuarse respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional. Por su parte el Decreto Supremo 001-2012-MC, norma reglamentaria, precisa en el artículo 4 que la medida legislativa debe tener un contenido acorde a la Constitución, siendo destacable que se haga hincapié en que aquél debe estar orientado a preservar la supervivencia de los pueblos indígenas.

El segundo elemento está relacionado con las características esenciales del proceso de consulta. Así, si la consulta se realiza sin cumplir con los elementos esenciales se estaría vulnerando el derecho de consulta. Siguiendo lo anotado por el Tribunal, se afectaría el derecho fundamental cuando la información relevante no haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. La Ley 29785 desarrolla los principios rectores del derecho de con-

sulta, los que tal como se desarrollará más adelante se encuadran algunos de los desarrollados en la sentencia en comentario.

La garantía de cumplimiento de los acuerdos es el tercer elemento del contenido constitucionalmente protegido del derecho de consulta. Para el Tribunal este componente implica la protección a las partes intervinientes en el proceso de la consulta, dejando sentado que en tanto la finalidad es llegar a un acuerdo, no puede establecerse un derecho de veto a los pueblos indígenas. Sobre el particular, se ha señalado que si bien el último párrafo del artículo 6 del Convenio OIT 169 se precisa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición que al no alcanzarse significaría la improcedencia de la medida. Es más en la sentencia constitucional se indica que no fluye de ninguno de los artículos del tratado internacional la existencia de un derecho de veto que recaiga en los pueblos indígenas. Sobre lo anotado la Ley 29785 ratifica la postura esbozada por el Tribunal precisando en el artículo 3 que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas a través del diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado.

Debe agregarse que al tratarse de una garantía que alcanza a las partes, si una vez llegado al acuerdo posteriormente se pretende desvirtuarlo, los afectados podrán utilizar los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con lo acordado como producto de la consulta. Si bien la norma sobre la materia ratifica el carácter obligatorio del acuerdo total o parcial siguiendo lo dispuesto en la jurisprudencia, no se ocupa de establecer los mecanismos legales para hacer efectivo el cumplimiento del acuerdo, por lo que en todo caso al tratarse de una afectación al contenido constitucionalmente protegido del derecho de consulta sería viable la utilización de los mecanismos constitucionales para su protección.

La STC 0022-2009-PI/TC también estableció los elementos y características del derecho de consulta, tomando como base el Convenio OIT 169, precisando que son esenciales para el proceso de consulta en tanto de no tomarse en cuenta la consulta podrá ser cuestionada. Estas son la buena fe, la flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, la transparencia; y la implementación previa del proceso de consulta. Se tratan en puridad de principios que sirven como guías para la correcta aplicación del derecho de consulta; y que por lo tanto, tal como se ha explicado, su incumplimiento acarrearía la afectación del derecho fundamental.

La *buena fe* constituye el núcleo esencial del derecho de consulta (acceso) y busca evitar que se incumpla lo acordado, que se interfiera o se omita cooperar en el proceso o la falta de diligencia en el proceso o en el resultado final. Como se advierte son tres las etapas en las que el principio debe operar: en la determinación de la medida legal o administrativa que afecte directamente; la consulta

en estricto; y la implementación de la medida. Es pertinente mencionar que la Ley 29785 dispone que la buena fe obliga a que las entidades estatales analicen la posición de los pueblos indígenas en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. Por su parte los pueblos indígenas se encuentran prohibidos de efectuar proselitismo partidario y conductas antidemocráticas para demostrar que actúan con buena fe y no quebrar el proceso.

La *flexibilidad* se plantea en función a la diversidad de pueblos y de sus costumbres, y propende a que el trámite de la consulta se ajuste a la identidad de cada pueblo a consultar. Para el Tribunal el principio también se relaciona con la intensidad de la afectación de la medida legislativa o administrativa. Por ello ante una mayor intensidad de la intervención la exigencia de flexibilidad, entendida como participación efectiva del pueblo indígena, también deberá ser mayor, debiéndose agotar todos los mecanismos para ello.

Respecto del *objetivo de alcanzar un acuerdo* debe tenerse en cuenta que la finalidad es que se desarrolle un verdadero diálogo intercultural el cual, tal como lo señala el Tribunal, no se agota en los aspectos formales del acuerdo al cual, además, se debe llegar guardando respecto a los elementos esenciales sino “[...] en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados”. Aunque la Ley 29785 no recoge este principio si señala el de interculturalidad, el cual guarda similitudes con lo expresado por el Tribunal Constitucional, pues de acuerdo al texto legal *sub materia* “El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas”. Este reconocimiento y valor al que se alude no es sino el beneficio del pueblo indígena producto de la riqueza de suelo, como lo ha dejado sentado el máximo intérprete constitucional.

El principio de *transparencia* es inherente al proceso de consulta y adquiere su autonomía en tanto las medidas deben ser puestas en conocimiento del pueblo indígena, al igual que sus consecuencias, sean estas positivas o negativas. La transparencia abarca inclusive a la documentación la cual deberá estar traducida a fin de una comprensión total, así como las costumbres de cada pueblo indígena para que la metodología a aplicarse sea la más idónea.

Por último, el Tribunal delimitó como elemento del derecho de consulta la *implementación previa del proceso de consulta*, lo que importa que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de decisión u adopción de la medida legislativa o administrativa que los pueda afectar directamente. Este principio permite que la participación del pueblo indígena no se haga sobre un hecho ya consumado, aunque se abre la posibilidad de que existan excepciones dependiendo de los hechos en sí mismos que puedan ser materia de un examen estricto.

to de constitucionalidad. En la Ley 29785 se consigna el principio de oportunidad que supone –en armonía con lo expresado por el Tribunal–, que el proceso de consulta se realice de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.

Con este breve análisis se rescata la importancia del pronunciamiento emitido por el Alto Tribunal, y si bien actualmente se cuenta con legislación especializada sobre la materia, quedan sentados los lineamientos a los cuales se puede recurrir en caso se presente alguna conflictividad en la aplicación de la Ley 29785 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 001-2012-MC.