

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

¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149° de la Constitución? 203

Nadia Iriarte Pamo

Derechos colectivos de los pueblos indígenas 219

Juan Ramón Rivero Mejía

Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas 233

Juan Carlos Ruiz Molleda

Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios 255

Martha Cecilia Paz

La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano. 287

Avigail Eisenberg

El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá 305

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

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

- 1) *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. 315
- 2) *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. 325
- 3) *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. 333
- 4) *STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos.* Por Jaime de la Puente Parodi. 341
- 5) *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. 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 Távara 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 LAS STC 5427-2009-PC,
DE 23 DE AGOSTO DE 2010

*SOBRE EL CONTROL DE LA
INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN
EL CASO DE LA CONSULTA PREVIA*

POR VICTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

I. Materias constitucionalmente relevantes

La sentencia materia de análisis puede ser presentada esquemáticamente a través del siguiente cuadro:

Expediente	5427-2009-PC/TC
Proceso	Cumplimiento
Emisión	23 de agosto de 2010
Emisor	Pleno jurisdiccional (a favor, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Landa Arroyo y Eto Cruz; en contra, magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda)
Demandantes	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP)
Demandados	Ministerio de Energía y Minas (MEM)
Normas impugnadas	Incumplimiento al Convenio 169 de la OIT

Bajo este marco, los temas principales que son revisados por la sentencia y que en cierta forma van a ser examinados en este comentario son los siguientes:

1.1. Sobre la forma de examen de la validez de la norma impugnada:

- (a) ¿Se puede analizar un tratado por inconstitucionalidad por omisión?
- (b) ¿Puede ser controlado por el juez constitucional?
- (c) ¿El proceso de cumplimiento es el mecanismo adecuado para el control de la inconstitucionalidad por omisión normativa?

1.2. Sobre el derecho a la consulta previa:

- (a) ¿Cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho?
- (b) ¿A qué nos referimos con el principio de buena fe?
- (c) ¿Qué significa que sea flexible?
- (d) ¿Su objetivo es alcanzar un acuerdo?
- (e) ¿Cómo es que se debe expresar la transparencia de la consulta previa?
- (f) ¿Cuál es la forma de implementación previa del proceso de consulta?

2. Contexto histórico-político de la sentencia

No hay mucho que decir sobre el contexto de esta sentencia. Sólo podía expresar que la famosa asociación demandante pretendía, a través de la demanda, que el MEM cumpla con adecuar su normativa de conformidad con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, solicitando específicamente que a nivel interno, exista una regulación normativa que desarrolle el referido convenio en lo que respecta a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio y a los recursos naturales.

Los pueblos asháninka, amuesha y aguaruna del Alto Marañón iniciaron el movimiento federativo de las comunidades a fines de los años '60 y comienzos de los '70, deviniendo en el actualidad en AIDSESP. Esta asociación tiene como objetivos, representar los intereses inmediatos e históricos de todos los pueblos indígenas de la Amazonía; garantizar la conservación y el desarrollo de la identidad cultural, el territorio y los valores de cada uno de los pueblos indígenas de la Amazonía; viabilizar el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas, en el marco del derecho nacional peruano y del derecho internacional; y, promover el desarrollo humano y sustentable de los pueblos indígenas.

Bajo esta motivación es lógico que haya planteado la demanda de cumplimiento, sobre todo si el tema de la consulta previa no era tomado en cuenta como una prioridad por el Estado pese a los diversos problemas que involucraban a las comunidades indígenas.

3. *Análisis*

En primer lugar, el gran debate producido a nivel de magistrados, conforme se advierte de los votos singulares y fundamentos de votos presentes, no se produjo sobre reconocer rango constitucional al Convenio 169 de la OIT, suscrito y ratificado por el Estado Peruano, mediante Resolución Legislativa 26253 del 02 de diciembre de 1993, tema sobre el cual existe consenso.

A mi entender, existe un error conceptual de los jueces constitucionales. La STC 0047-2004-AI/TC interpreta el sentido del artículo 200.4 de la Constitución que establece con claridad que los tratados, sin excepción alguna, tienen rango de ley. En dicha oportunidad el TC dijo con claridad lo siguiente: *“Si bien el artículo 55 de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece: ‘Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú’. Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”*. Es decir, si bien mantiene un rango de ley, cumple una función integradora o interpretativa, tanto así que el propio Tribunal le ha reconocido ser parte del bloque de constitucional internacional (entre varias, STC 1776-2004-AA/TC).

Por tanto, mal hace la sentencia en comento en otorgarle un rango distinto. Se basa en el reconocimiento del Convenio 169 como norma constitucional realizado en la STC 0022-2009-PI/TC, que a la vez se sustenta en una decisión previa (STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC) según la cual los tratados tienen rango constitucional. Para realizar tal afirmación se apoyan justamente en la interpretación realizada en la mencionada STC 0047-2004-AI/TC, que por el contrario otorga un rango legal a los tratados. Que tenga un valor interpreta-

tivo o integrador no hace que el tratado varíe su rango. Me parecía importante comenzar el estudio de la presente sentencia con dicha precisión.

Los votos en mayoría expresan que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un argumento de fuerza para requerir judicialmente su efectivización. Y es que si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional. Además, en sistemas constitucionales comparados, la exigencia constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que vulneran derechos fundamentales, ha sido recogida en diversos textos constitucionales, habilitándose un proceso específico de ‘acción de inconstitucionalidad por omisión’, ya se trate absoluta (cuando el órgano de producción normativa no ha expedido ninguna ley que desarrolle el precepto constitucional alegado), o relativa (cuando la norma que ha regulado determinado precepto constitucional ha excluido arbitrariamente de su ámbito de acción a un grupo de personas determinado, infringiendo el principio de igualdad). Este control, por tanto, se ubicaría en el ámbito de lo ‘constitucionalmente necesario’ y no obstante no ha sido atendido por el legislador, por lo que la acción del TC se legitima, tanto para el control de lo que está constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta ‘constitucionalmente necesario’ (STC 0006-2008-PI/TC).

La interpretación que realiza el TC es bastante laxa sobre el proceso de cumplimiento. Creo que debió precisar qué significaba lo ‘constitucionalmente necesario’, tal vez interpretando que lo que se requiere sea una especie de normas constitucionales autoaplicativas, de forma similar a lo establecido en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional. Desde una perspectiva procesal, una ‘acción de inconstitucionalidad por omisión’ no puede ser vista a través de un proceso de cumplimiento porque lo desnaturalizaría, sino porque justamente para ello está habilitado el ‘proceso de inconstitucionalidad’, tal como ha sido establecido el propio TC en la STC 0014-2007-PI/TC, donde se declaró inconstitucional una norma por omisión legislativa.

Bueno, seguiré con el razonamiento del Tribunal. Luego de haberse determinado la obligación de desarrollar normativamente las disposiciones constitucionales que así lo demandan y la posibilidad de control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales por parte del juez constitucional, se exponen las siguientes razones a favor del proceso de cumplimiento como el mecanismo procesal adecuado. Si bien debería ser tarea del legislador enmen-

dar las omisiones inconstitucionales, también es cierto que es deber de todo juez impartir justicia en el caso concreto, aún en ausencia de ley o con la deficiencia de ésta (artículo 139.8 de la Constitución). El detenerse en la no configuración del proceso de cumplimiento para controlar las omisiones normativas inconstitucionales, cuando no existe a su vez ningún otro mecanismo procesal que dé respuesta a la problemática jurídica planteada, sería tanto como denegar justicia constitucional.

En este caso, el problema constitucional no sólo implica una obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional, sino además, la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas, por lo que el presente proceso de cumplimiento, a juicio del Tribunal, debe ser adecuado o redimensionado para dar respuesta a la pretensión planteada por la asociación demandante, bajo el supuesto de una omisión normativa inconstitucional indirecta (ausencia de reglamentación).

Sin embargo, si se siguiera lo expresado en el precedente vinculante de la STC 0168-2005-PC/TC, debería esperarse un *mandamus* claro y lejos de cualquier duda. Sin embargo, a esta exigencia no le parece dar mucha importancia el Tribunal pues no es materia de análisis serio. Es clara su propensión en este caso a la aplicación del principio sustantivo del *pro homine* y del principio procesal del *pro actione*, aunque tampoco justifica expresa ni convenientemente su uso. Mayor crítica genera que no siempre la línea jurisprudencia del TC ha sido uniforme en este punto. Incluso, en algunos casos el mismo colegiado ha tenido una postura completamente formalista, como en la cuestionable STC 4664-2007-PA/TC, en que se prefiere dejar de otorgar protección a las personas en vista que hubo un empate en la votación de los magistrados.

Regresando en el caso materia de análisis, se procede a determinar la responsabilidad del MEM en la omisión normativa inconstitucional, a partir de diversos criterios. En primer lugar, considera la existencia de un ambiguo mandato constitucional de regulación normativa, consistente en aquella obligación constitucional de regulación específica con el objeto de lograr su plena eficacia (“*encargos directos de legislar*”, o mandatos que suponen indefectiblemente la necesidad de legislación para poder ser efectivos). En el caso de autos, si bien dicho tratado internacional no contiene una norma explícita que obligue a las entidades del Estado a emitir normas conducentes a efectivizar los derechos reconocidos por aquél, sin embargo, ello es irrelevante ya que al igual que el resto de tratados en el mundo, resulta directamente aplicable y vinculante para un Estado parte. Una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio *pro homine*. La obligación de regulación interna del proce-

dimiento de consulta, se ubica dentro de lo constitucionalmente necesario y, por ende, debe ser objeto de regulación legal general o, en su defecto, de regulación reglamentaria en el ámbito específico de las competencias del MEM; tanto más que el propio Convenio ha especificado como un ámbito especial donde debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta aquel donde los pueblos indígenas puedan verse afectados como consecuencia de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus tierras.

El segundo criterio es el del transcurso de un periodo de tiempo razonable, que supone el lapso transcurrido en exceso entre el momento en que se asume la obligación de desarrollar normativamente la disposición constitucional y el momento en que debe cumplirse la obligación de llevar a cabo dicho desarrollo normativo. En este caso, han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995), tiempo que evidentemente es suficiente para que se haya desarrollado una normativa específica que reglamente el procedimiento del derecho a la consulta previa.

Como tercer criterio se encuentra el efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional. Es necesario finalmente que esta omisión se concrete en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser, en el caso la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo. En tal sentido el TC destaca la existencia de varios conflictos socio-ambientales que tienen entre sus protagonistas a varios pueblos indígenas, según el Reporte de Conflictos Sociales 75 de la Defensoría del Pueblo.

Por último, debe tenerse en cuenta que el deber de reglamentación no se satisface con la mera emisión de la normativa infralegal propiamente dicha, sino que también se requiere que dicha normativa se adecúe al contenido sustancial del derecho a la consulta, tal como se encuentra regulado en el Convenio 169. Aún así, de la revisión de los dispositivos emitidos por la entidad se verifica que ninguno de ellos ha logrado hasta el momento, desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar talleres informativos con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado.

Es por ello que, en orden a las consideraciones expuestas, el TC concluye que, en el presente caso, la entidad demandada ha incurrido en un supuesto de incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta, de conformidad con lo establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT, y decide en consecuencia ordenar al MEM emitir, en el marco de sus competencias, un reglamento especial que regule el derecho a la consulta previa e informada a los pueblos indígenas.

Para tal efecto, y con fines orientadores, el TC estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son diversas, según lo desarrollado previamente en la STC 0022-2009-PI/TC: la observancia del principio de buena fe; la flexibilidad; el objetivo de alcanzar un acuerdo; la transparencia; y, la implementación previa del proceso de consulta. A su vez, reitera que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: el acceso a la consulta; el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

En conclusión, en este caso a través de una amplísima interpretación de los principios *pro homine* y *pro actione*, la mayoría de los magistrados del TC optaron por exigir el cumplimiento de la consulta previa, reconocida en el Convenio 169 OIT. Más allá de algunas posturas fácilmente cuestionables, como la del rango de los tratados, es de rescatarse el llamativo deseo del máximo intérprete de la Constitución, en una actuación bajo la sombra de la autonomía procesal constitucional, de insistir en la exigencia de la consulta previa para los pueblos indígenas pese a la inacción del Legislativo.