



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 652/2021

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 8 de junio de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez han emitido la siguiente sentencia que resuelve:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos, que deberá ser entendida como una de amparo.
2. **INTERPRETAR** la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, de conformidad con los fundamentos 40, 51, 57 y 59 de la presente sentencia.
3. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de las comunidades indígenas y originarias en la implementación del procedimiento de consulta previa.
4. **ADMITIR** la intervención de la Confederación Nacional Agraria en calidad de litisconsorte.
5. Declarar **IMPROCEDENTE** las solicitudes de excepción de incompetencia y prescripción solicitadas.
6. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de sustracción de la materia presentada por el procurador público del Ministerio de Energía y Minas.

Por su parte, los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares.

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini emitió un fundamento de voto que será entregado en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERÚ (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes junio de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional; asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú) contra la resolución de fojas 106, de fecha 21 de noviembre de 2013, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de diciembre de 2012, el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú), interpone demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas y el procurador público del Ministerio de Energía y Minas, con el objeto de que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM sea sometida a consulta previa, en cumplimiento de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como del artículo 2 de la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

El recurrente sostiene que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM fue emitida sin tomar en cuenta lo dispuesto en la Ley 29785 y el Convenio 169 de la OIT, dado que, al desarrollar temas relacionados con las actividades de hidrocarburos, mineras e hidroeléctricas que se dan en territorios indígenas, debió ser sometida al proceso de consulta previa antes de su emisión. Asimismo, el actor cuestiona que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM haya determinado el momento exacto en el que se realiza la consulta previa, lo que -a su entender- afecta directamente el ejercicio del derecho a la consulta previa.

El Décimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha el 8 de enero de 2013, declaró improcedente la demanda, por considerar que no existe un mandato legal o *mandamus* que de manera cierta, expresa e incondicional establezca las pretensiones del actor y que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

sea exigible a través del presente proceso de cumplimiento. Agrega que el proceso contencioso administrativo es la vía procedimental idónea para dilucidar la presente controversia, ya que cuenta con etapa probatoria.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 21 de noviembre del 2013, confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

Mediante Auto del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de setiembre de 2018, el Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda de cumplimiento, y dispuso que debe ser entendida como una de amparo. Y, consecuentemente, le confirió al Ministerio de Energía y Minas y a la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas, el plazo de cinco (5) días hábiles para que en ejercicio de sus derechos de defensa, aleguen lo que juzguen conveniente, previa notificación de la demanda y sus anexos.

Para el Tribunal Constitucional, la demanda de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 29785, era improcedente, por cuanto lo que realmente pretendía la parte recurrente era cuestionar la validez de la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, lo que es ajeno al objeto y finalidad del proceso de cumplimiento. No obstante, reconvirtió la demanda de cumplimiento por una de amparo, tras advertir la posible afectación al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

Con fecha 5 de junio de 2019, el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible solicita la acumulación de dos pretensiones: a) que se deje sin efecto la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, pues sostiene que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, vuelve a establecer los mismos actos administrativos y momentos que serán objeto de consulta previa, establecidos en la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, siendo la única modificación la unidad orgánica del sector que conducirá la consulta previa, y b) que se deje sin efecto el artículo 1.2 de la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM, que modifica el TUPA del Ministerio de Energía y Minas. La parte demandante alega que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM y el artículo 1.2 de la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM, no fueron sometidos a la consulta previa correspondiente, de conformidad con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 2 de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa.

El 12 de junio de 2019, el procurador público del Ministerio de Energía y Minas formula excepciones y contesta la demanda. Deduce la excepción de incompetencia, por cuanto - a su parecer- el órgano jurisdiccional de primera instancia resulta competente para resolver la demanda de autos, dado que en dicha sede se le otorgará el derecho a la doble instancia, que es parte del derecho al debido proceso. Además, deduce la excepción de prescripción extintiva, argumentando que la demanda fue interpuesta (20.12.2012) luego de 60 días de expedida la Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM (20.07.2012), por lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

que contraviene el artículo 44 inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

En cuanto al fondo, la procuraduría sostiene que la cuestionada Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM no vulnera el derecho a la consulta previa, por cuanto las consideraciones que la sustentan establecen con amplitud el marco normativo aplicable, referido a normas legales y el convenio 169 de la OIT (f. 16 del Cuaderno del Tribunal Constitucional). Asimismo, alega que la referida resolución ministerial únicamente aprueba los procedimientos administrativos a través de los cuales se realizará la consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo. En todo caso, la aprobación de tales procedimientos administrativos permite reconocer el derecho a la consulta previa, y no la vulnera. Además, no menciona la realización de algún proyecto que pudiera afectar los derechos de las poblaciones indígenas. Y sostiene que la Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM no afecta directamente a los pueblos indígenas, dado que no concede territorios, no autoriza la utilización de predio o terreno alguno para la realización de actividades mineras, no autoriza la exploración ni explotación de los minerales en los predios de los pueblos indígenas, y tampoco contiene información sobre proyectos mineros.

Finalmente, la parte demandada aduce que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia, debido a que la Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM ya no se encuentra vigente, al haberse emitido la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, de fecha 4 de mayo de 2015.

Con fecha 22 de julio de 2019, la Confederación Nacional Agraria solicita su intervención como litisconsorte facultativo. Asevera que sus actividades productivas se encuentran directamente relacionadas al desenvolvimiento de la naturaleza y la tierra, por lo que pueden verse gravemente impactados por las actividades mineras e hidrocarburíferas desarrolladas en el marco de la Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM Y 209-2015-MEM/DM.

Posteriormente, con fecha 10 de octubre de 2019, la parte demandada presenta un escrito a través del cual solicita que se declare improcedente y/o infundada la acumulación de pretensiones y la intervención como litisconsorte facultativa solicitada por la Confederación Nacional Agraria. Sostiene que el proceso constitucional solo permite acumulación de procesos y no de pretensiones, y que ya no procede la acumulación solicitada porque ya contestó. Asimismo, requiere que se declare improcedente la solicitud de intervención litisconsorcial de la Confederación Nacional Agraria, porque no ha acreditado la afectación del derecho a la consulta previa.

El 30 de diciembre de 2019, la parte demandante solicita una nueva acumulación a su pretensión, adicional a la realizada con fecha anterior. Solicita que se deje sin efecto la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

Resolución Ministerial 403-2019-MINEM/DM, publicada el 18 de diciembre de 2019, mediante la cual se precisaron “los casos de los procedimientos administrativos del subsector minero en lo que corresponde realizar el proceso de consulta previa” y se modificó el Tupa de la Dirección General de Minería. Sostiene que dicha resolución ministerial no fue sometida a consulta previa.

Mediante auto de fecha 2 de marzo de 2021, el Tribunal Constitucional acumuló la solicitud de nulidad de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM. Y declaró improcedente las solicitudes de acumulación del artículo 1.2 de la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM y de la Resolución Ministerial 403-2019-MINEM/DM.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La demanda de autos, entendida como de amparo, tiene por objeto que se deje sin efecto la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, reglamentos que aprueban los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo. Se alega la vulneración del derecho a la consulta previa.

§2. Consideraciones previas

2.1. Acerca de la solicitud de sustracción de la materia de la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM

2. La parte demandada sostiene que corresponde declarar la sustracción de la materia controvertida, dado que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM ya no se encuentra vigente, al haberse emitido la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, de fecha 4 de mayo de 2015.
3. En consecuencia, corresponde evaluar si la norma cuya inaplicación se solicita continúa vigente en el ordenamiento jurídico nacional.
4. Conforme se indicó en el auto de acumulación de este Tribunal Constitucional, de fecha 2 de marzo de 2021, expedido en el proceso de autos, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM regula de manera casi idéntica los términos regulados en la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM. La única diferencia está en la unidad orgánica del sector a cargo de los procesos de consulta previa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

5. En efecto, la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM regulaba los procedimientos administrativos en los que se realiza la consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo, en materia de hidrocarburos y electricidad. Por su parte, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM vuelve a regular, con un contenido idéntico a la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, los procedimientos administrativos en los que se realiza la consulta previa y la oportunidad en la que será realizada, en materia de hidrocarburos y electricidad. La única diferencia en la redacción de la nueva resolución ministerial se encuentra en los órganos a cargo, pues mientras que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM señalaba que los órganos a cargo eran la Dirección General de Hidrocarburos, PERUPETRO S.A. y la Dirección General de Electricidad, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM indica que es la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos.
6. Por consiguiente, materialmente, la regulación de los procedimientos administrativos en los que se realiza la consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo, en materia de hidrocarburos y electricidad, persiste.
7. Aunado a ello, cabe tener presente que la solicitud de nulidad de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM fue acumulada mediante el auto del Tribunal Constitucional de fecha 2 de marzo de 2021, expedido en este proceso.
8. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal estima que no corresponde declarar la sustracción de la materia, en relación con este extremo de la demanda.

2.2. Sobre la solicitud de intervención de la Confederación Nacional Agraria

9. La Confederación Nacional Agraria solicita su incorporación como litisconsorte, al amparo de lo dispuesto en el artículo 54 del Código Procesal Constitucional. Sostiene que sus actividades productivas se encuentran directamente relacionadas al desenvolvimiento de la naturaleza y la tierra, por lo que pueden verse gravemente impactados por las actividades mineras e hidrocarburíferas desarrolladas en el marco de las Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM y 209-2015-MEM/DM.
10. Dado que mediante Decreto del Tribunal Constitucional de fecha 13 de setiembre de 2019, notificada al Ministerio del Interior y Minas los días 3 y 4 de octubre de 2019, se le puso en conocimiento a este último de la solicitud de intervención de la Confederación Nacional Agraria, el Tribunal Constitucional resolverá dicho pedido en la presente sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

11. El artículo 54 del Código Procesal Constitucional establece que quien "tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el Juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al Juez superior. El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable".
12. Al respecto, la confederación solicitante acredita el interés jurídico relevante en el presente caso. Es una asociación que tiene por finalidad, según la copia de su ficha registral de personería jurídica (que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional), entre otras, representar y defender en el ámbito nacional e internacional la identidad y los intereses de las organizaciones agrarias, rurales, nativas y del campesinado en general. Asimismo, este Tribunal Constitucional admitió la demanda tras advertir la posible afectación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios. Por tanto, si bien en el caso de autos la confederación solicitante no acredita el interés jurídico relevante de las organizaciones agrarias, rurales y campesinas en el caso de autos, al no indicar el elemento subjetivo (autoidentificación colectiva) y objetivo (continuidad histórica, conexión territorial e instituciones propias que se retienen en todo o en parte) que las definiría como pueblo indígena, se advierte que también representa a comunidades nativas. Consecuentemente, en la medida en que existe un interés jurídicamente relevante por parte del solicitante en el caso de autos, se debe admitir su pedido de intervención litisconsorcial.

2.3. Sobre las excepciones de incompetencia y prescripción

13. La demandada ha deducido las excepciones de incompetencia y prescripción extintiva.
14. Con relación a la excepción de incompetencia, mediante auto del Tribunal Constitucional de fecha 4 de setiembre de 2018, este Tribunal admitió su competencia, de manera excepcional, tras advertir la posible afectación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, y atendiendo al especial valor material del derecho a la consulta previa, a efectos de evitar un posible daño irreparable. Consecuentemente, resulta improcedente la excepción de incompetencia.
15. Respecto a la excepción de prescripción extintiva, cabe acotar que los actos lesivos denunciados por la parte demandante son continuados, pues en tanto no se ha realizado la consulta previa de las Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM y 209-2015-MEM/DM, la incidencia en el derecho a la consulta previa de los actores



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

es permanente. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 44 inciso 3 del Código Procesal Constitucional, no corresponde aplicar el plazo de prescripción previsto para los procesos de amparo. Con base a lo expuesto, corresponde declarar improcedente la excepción de prescripción solicitada.

2.4. Acerca del carácter autoaplicativo de la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, entendida como Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM

16. Dado que la pretensión consiste en que se inapliquen las Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM y 209-2015-MEM/DM, que regulan los procedimientos administrativos en los que se realiza la consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo en materia de hidrocarburos y electricidad, a juicio de este Tribunal, es menester evaluar si dichas normas son autoaplicativas, supuesto en el que procede el amparo contra normas, conforme lo prevé el artículo 3 del Código Procesal Constitucional.
17. Al respecto, se debe precisar que las normas autoaplicativas son aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. En este supuesto, tal como se indicó en la sentencia recaída en el Expediente 04677-2004-PA/TC (fundamento 4), cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (v.g., el artículo 1 del derogado Decreto Ley 25446: “Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes: (...)”); y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (v.g. el artículo 2 del Decreto Ley 25454: “No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de los Decretos Leyes N°s 25423, 25442 y 25446”). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable.
18. Ambos casos se encuentran previstos en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, que dispone:

Cuando se invoque una amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

19. Teniendo en cuenta la distinción planteada, en el presente caso se observa que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM son normas autoaplicativas, porque desde su entrada en vigencia, su aplicación resulta inmediata e incondicionada. Asimismo, el supuesto normativo de dichas resoluciones en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos, en la medida en que su sola emisión genera un impacto en el derecho a la consulta previa de la parte de las comunidades indígenas y nativas.

§3. Análisis de fondo

20. La parte demandante sostiene que las Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM y 209-2015-MEM/DM -reglamentos que aprueban los procedimientos administrativos a través de los cuales se realizará el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo en materia de hidrocarburos y electricidad- vulneran su derecho a la consulta previa debido a que fueron emitidas sin haber sido sometidas al proceso de consulta previa, contraviniendo así la Ley 29785 y el Convenio 169 de la OIT.
21. Conforme a lo expuesto en las consideraciones previas, la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM fue sustituida de manera tácita por la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, al regular el mismo contenido y en similares términos. Por consiguiente, el problema jurídico radica en determinar si la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM vulnera el derecho a la consulta previa.
22. Al respecto, el derecho a la consulta previa se encuentra reconocido en los artículos 6.1, 6.2 y 15 del Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), y fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 55 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.
23. Dicho derecho tiene entre sus fundamentos el principio de Estado democrático y la cláusula de Estado social, en el marco del Estado constitucional de derecho.
24. En efecto, la consulta previa coadyuva a promover la participación de los pueblos indígenas en el marco del Estado democrático. En virtud de los artículos 3 y 43 de la Constitución, el Estado peruano es un Estado democrático y social de derecho. Como Estado democrático, la participación ciudadana en el desarrollo del Estado adquiere una posición constitucional relevante. Los ciudadanos que conforman el estado peruano presentan diversidades étnicas (sentencia recaída en el Expediente 02196-2014-PA/TC, fundamento 3), lingüísticas, religiosas, etc. Y, entre las diversidades étnicas, se encuentran los pueblos indígenas, las comunidades campesinas o nativas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

(sentencia emitida en el Expediente 03343-2007-AA/TC, fundamento 30). Por su parte, la consulta previa promueve la participación de los pueblos indígenas u originarios en el desarrollo del Estado¹ y permite que las opiniones de estas comunidades se traduzcan en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando su cultura y forma de vida (sentencia recaída en el Expediente 06316-2008-PA/TC, fundamento 21, sentencia emitida en el Expediente 05427-2009-AC/TC, fundamento 57). Consecuentemente, en la medida en que la consulta previa fomenta la participación de los pueblos indígenas u originarios en el Estado, coopera en el fortalecimiento del Estado democrático y lo legitima.

25. Por su parte, la consulta previa también encuentra entre sus fundamentos la cláusula de Estado social. El Estado democrático y social de derecho tiene como una de sus características la cláusula de Estado social, la cual tiene entre sus objetivos alcanzar la igualdad material. La consulta previa coadyuva a que las comunidades indígenas participen en la elaboración e implementación de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente. De esa manera, con la participación de las comunidades indígenas, la consulta previa contribuye a reducir la exclusión a la que históricamente han estado sometidas, preservando su identidad y subsistencia digna.
26. Para tales efectos, este Tribunal ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia que la consulta previa tiene entre sus características principales, extraídas del Convenio 169 de la OIT, los siguientes principios: a) la buena fe; b) la flexibilidad; c) el objetivo de alcanzar un acuerdo; d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta (sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 26).
27. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha identificado una serie de posiciones *iusfundamentales* que constituyen el derecho a la consulta, entre las cuales están: a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales, b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa, c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta [sentencia recaída en los Expedientes 00022-2009-AI/TC; 00024-2009-AI/TC, fundamento 5; 00025-2009-AI/TC, fundamento 21].
28. En cuanto a la posición *iusfundamental* “el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales”, se

¹ En la sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-AA/TC (fundamento 33), el Tribunal Constitucional estipuló que el derecho a la consulta previa es una concretización del derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, reconocido en el artículo 2 inciso 17 de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

observa que genera entre sus obligaciones el deber de consultar, mediante procedimientos apropiados, a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente².

29. De dicha obligación, se advierte que la consulta previa no procede frente a todo tipo de medida administrativa o legislativa que impacte sobre las comunidades indígenas y originarias, sino solo frente a aquellas medidas que las afecten directamente.
30. Las medidas legislativas o administrativas que, si bien impactan sobre las comunidades indígenas, no las afectan directamente, no activan la obligación de la consulta previa. Estas medidas pueden tener efectos sobre las poblaciones indígenas, pero no tienen la potencialidad de alterar la estructura política, social, cultural, ambiental, entre otras condiciones, de la comunidad indígena u originaria. Conviene recordar que, pese a que no activan el procedimiento de la consulta, deben desarrollarse en el marco del respeto y garantía de la Constitución y el ordenamiento jurídico en general.
31. Con relación a las medidas legislativas o administrativas que afectan directamente a las comunidades indígenas, es obligatorio que sean consultadas. Este Tribunal ha resaltado que las medidas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas y originarias generan cambios relevantes y directos que producen, entre otros, cambios en su territorio, modo y estilo de vida, e inclusive afectaciones de tipo jurídico (sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-AI/TC, fundamentos 20 y 21). Así, una afectación directa es todo aquel impacto positivo o negativo que altera las esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras, de la comunidad indígena u originaria, que son la base de su cohesión social.
32. Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde analizar la controversia.
33. En el presente caso, se observa que la cuestionada Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM es una medida administrativa que implementa el procedimiento de la consulta previa en materia de hidrocarburos y electricidad. Esta medida regula los

² El artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT indica que “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. (...)”. Asimismo, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “en virtud del Convenio 169 y la Ley N° 29785, el Estado está obligado a consultar previamente a los pueblos indígenas aquellos actos administrativos o legislativos que pudieran afectarles directamente”. (Sentencias emitidas en los Expedientes 01126-2011-PA/TC, fundamento 45; 05427-2009-AC/TC, fundamento 46; 06316-2008-AA/TC, fundamento 22; 03343-2007-AA/TC, fundamento 35). (El resaltado es nuestro).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo. Así pues, el artículo único de dicha resolución ministerial dispone lo siguiente:

“Artículo único.- Aprobar los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la Dirección a cargo, los mismos que se detallan a continuación:

HIDROCARBUROS

Procedimiento Administrativo	Oportunidad del proceso de consulta	Dirección a cargo
Concesión de transporte de hidrocarburos por ductos.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Concesión de distribución de gas natural por red de ductos	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Modificación de la Concesión (sólo si se trata de ampliación).	Antes de otorgar la modificación.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal.	Antes de otorgar la autorización.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Modificación o transferencia de autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal (sólo si se trata de ampliación de terreno para la operación del ducto).	Antes de otorgar la modificación de la autorización.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Decreto Supremo que aprueba la suscripción de Contratos de Exploración y Explotación de lotes petroleros y gasíferos.	Antes de emitir el Decreto Supremo	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Informe Técnico Favorable para la instalación de Plantas de Refinación y Procesamiento de Hidrocarburos y Estaciones de Servicio.	Previo a la emisión de la autorización.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos

ELECTRICIDAD

Procedimiento Administrativo	Oportunidad del proceso de consulta	Dirección a cargo
Otorgamiento de concesión definitiva de generación, transmisión y distribución.	Antes de otorgar concesión	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Otorgamiento de Concesión Rural.	Antes de otorgar concesión	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Modificación de concesión	Antes de otorgar concesión	Dirección General de Asuntos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

definitiva de generación y transmisión (sólo si implica ocupación de nuevas áreas)		Ambientales Energéticos
Otorgamiento de Autorización de generación termoeléctrica.	Antes de la autorización	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Otorgamiento de Autorización para exploración de recursos geotérmicos	Antes de la autorización	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Otorgamiento de Concesión para explotación de recursos geotérmicos	Antes de otorgar la concesión	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos

(...)

34. A continuación, se evaluará cada una de las medidas dispuestas, a fin de determinar si afectan de manera directa a las comunidades indígenas u originarias.

Sobre la dirección a cargo de quien será realizada la consulta previa

35. El órgano a cargo de la consulta previa debe garantizar que el procedimiento de consulta previa se realice teniendo en cuenta las características y los principios del derecho a la consulta previa. Para ello, entre otras medidas, debe facilitar el diálogo entre las partes; coordinar de manera efectiva y eficiente con todos los sectores involucrados; coordinar la protección efectiva de los líderes y comunidades indígenas o nativas que se encuentren en peligro por su participación en el procedimiento de consulta previa; y canalizar las demandas realizadas por las comunidades indígenas o nativas. De ese modo, el órgano a cargo de la consulta previa debe promover la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios, coadyuvando a fortalecer la democracia y promoviendo la garantía de la cláusula de Estado social.
36. Ahora bien, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM designa a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos como la dirección a cargo de determinados procedimientos administrativos, en las actividades de hidrocarburos y electricidad.
37. Al respecto, se advierte que dicha designación constituye una norma que adjudica competencias a un órgano para que aplique la consulta previa. Esto es, la designación cuestionada le atribuye competencias a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos para dirigir la consulta previa en determinadas actividades, con lo cual se confiere competencias a un órgano para dirigir determinados procedimientos administrativos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

38. Consecuentemente, resulta evidente que la designación de la dirección a cargo impacta o genera un efecto en las comunidades indígenas y originarias, al determinarse el órgano que se encargará de las consultas previas en las que participarán. Sin embargo, dicha designación no ordena, prohíbe o permite alguna conducta que altere o modifique positiva o negativamente en las esferas políticas, económicas, sociales, culturales, territoriales, jurídicas o ambientales, que constituyen la base sobre la cual se erigen las comunidades indígenas u originarias.
39. Por lo tanto, si bien la designación de la dirección a cargo de la consulta previa en las actividades de hidrocarburos y electricidad impacta en las comunidades indígenas, no constituye una afectación directa, en los términos que se requiere para que se active la obligación de consultar previamente a su aprobación.
40. No obstante, este Tribunal considera relevante precisar que la dirección a cargo de la consulta previa a que hace referencia la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, debe respetar las características y principios del derecho a la consulta previa, conforme a lo señalado en el fundamento 35, *supra*.

Sobre la oportunidad en la que será realizada la consulta previa

41. La oportunidad en la que debe ser realizada la consulta previa de las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas u originarias debe ser previa y apropiada.
42. Al respecto, la consulta previa debe ser realizada en un momento previo, antes de la aprobación, adopción o autorización de la medida legislativa o administrativa que afecte directamente a las comunidades indígenas u originarias. Así, teniendo en cuenta los estándares determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de la IV disposición final y transitoria de la Constitución, en concordancia con el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, la consulta previa debe efectuarse durante las primeras etapas del proyecto, programa o plan de inversión, a fin de que los pueblos indígenas u originarios puedan participar verdaderamente en el proceso de adopción o autorización de las medidas propuestas³. Y es que, después de la adopción, aprobación o autorización de la medida que afecte directamente a las comunidades indígenas u originarias, la participación de estas no tendría utilidad, pues sus puntos de vista no serían considerados en la toma de decisiones, ni en la elaboración de las medidas, y se vulneraría el principio de buena fe, al consultárseles sobre decisiones

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 133. Caso Kichwa vs Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 167 y 180.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

ya resueltas (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-AI/TC, fundamento 36).

43. Sobre el particular, cabe acotar que el momento exacto de la consulta previa no podría ser determinado como un estándar aplicable indistintamente a toda comunidad indígena o nativa. Ello desconocería las particularidades de las comunidades indígenas o nativas y el tipo de medida que se pretende consultar. Por lo que, la oportunidad de la consulta previa debería considerar los usos y costumbres de las comunidades indígenas y nativas para la toma de decisiones⁴ y el tipo de proyecto, programa o plan que se pretende aprobar. Adicionalmente, la consulta previa no se limita a un solo momento, pues se debe mantener abierto el diálogo constante durante todo el proceso de elaboración e implementación de la medida administrativa o legislativa.
44. Por su parte, la consulta previa también debe ser apropiada, guiándose por los principios y características del derecho a la consulta previa, tales como la buena fe, la flexibilidad, el objetivo de alcanzar un acuerdo, la transparencia y la implementación previa del proceso de consulta.
45. Ahora bien, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM indica la oportunidad en la que será realizada la consulta previa de determinados procedimientos administrativos de las actividades de hidrocarburos y electricidad. Expresa, en líneas generales, que la consulta previa de los procedimientos administrativos identificados en la misma resolución, se realizará antes de conceder, otorgar o aprobar dichos procedimientos.
46. Al respecto, la determinación del momento exacto en el que se realizará la consulta previa de las medidas administrativas o legislativas sí afectaría directamente a las comunidades indígenas o nativas, por cuanto tendría la potencialidad de alterar la organización política, social o cultural de la comunidad indígena de cara a su participación en la consulta previa.
47. En efecto, la realización de la consulta previa requiere, entre otros elementos, de la organización de la comunidad indígena u originaria de cara a su participación real y efectiva en la consulta. Para ello, es necesario que se les otorgue plazos razonables a fin de que puedan tomar acuerdos en su comunidad (lo que se relacionaría con su estructura política, social e incluso jurídica). Asimismo, aplicando el principio de flexibilidad, necesitan espacios que tomen en cuenta la diversidad de las

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Kichwa vs Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 167.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

comunidades indígenas involucradas, su cosmovisión, idioma, entre otras características, que van a ser determinantes en su organización frente al procedimiento administrativo que se pretende aprobar o conceder (lo que se relacionaría con, entre otras, su estructura social y cultural). En este proceso, aunado a otras medidas, también se requiere que se les otorgue medidas compensatorias a las comunidades indígenas para reforzar su posición, a fin de que se realice un diálogo real entre iguales en el proceso de consulta (lo que promovería la igualdad material, la cual incidiría en su estatus social).

48. Siendo así, los plazos que se establezcan en la realización de la consulta previa son determinantes para la garantía de una participación real de las comunidades indígenas u originarias. Una prontitud en el momento de la consulta previa o la aplicación sin tomar en cuenta las particularidades de las comunidades indígenas u originarias involucradas, ocasionaría que no se les garantice todas las condiciones y características de la consulta previa, lo que incidiría en su estructura política, social, cultural, entre otras. Por ello, la determinación del momento exacto en el que se realice la consulta previa generaría un impacto directo que podría alterar la estructura base de las comunidades indígenas u originarias.
49. Teniendo en cuenta lo expuesto, se advierte que los términos en los que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM plantea la oportunidad de realizar la consulta previa denota una prescripción general, que únicamente hace referencia a la característica de la oportunidad previa de la consulta. Y es que dicha resolución ministerial indica que todos los procedimientos administrativos que identifica, deben ser previos a su concesión, emisión o autorización, respectivamente. Es decir, no precisa el momento exacto en la elaboración del procedimiento administrativo que se pretende aprobar.
50. Por lo tanto, en la medida en que los términos en los que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM plantea la oportunidad de la consulta previa de los procedimientos administrativos, que únicamente indica que serán previas, no se advierte que dicha determinación tenga la potencialidad de alterar la estructura social, económica, ambiental, cultural, territorial o jurídica de las comunidades indígenas, por lo que se concluye que no es una afectación directa. Por ello, este extremo de la resolución ministerial cuestionada no activa la obligación de ser consultada previamente a su aprobación.
51. Sin perjuicio de lo expuesto, de una interpretación conforme con el contenido del derecho a la consulta previa, y teniendo en cuenta el principio *pro persona*, que obliga a interpretar las normas que consagran derechos fundamentales en sentido amplio, el extremo de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM que determina la oportunidad de la consulta previa, debe entenderse como un proceso en el que se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

mantengan abiertos los canales de diálogo durante todo el seguimiento del proyecto, plan, obra o programa. Asimismo, debe tenerse en consideración que la determinación del momento exacto de la consulta previa debe ser previa y apropiada, observando, entre otras medidas y principios, la organización de la comunidad indígena de cara a su participación real y efectiva en la consulta, contar con plazos razonables que permitan tomar acuerdos en la comunidad indígena, aplicar el principio de flexibilidad y tomar medidas compensatorias para reforzar la posición de estas comunidades, conforme a lo expuesto en los considerandos 41 al 44 y 47, *supra*.

Sobre la aprobación de los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar la consulta previa

52. La Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM identifica los procedimientos administrativos en los que se realizará la consulta previa, en las actividades de hidrocarburos y electricidad.
53. Una interpretación restrictiva de dicha identificación, que considere a la enumeración de los procedimientos administrativos de modo taxativo, vulneraría el contenido del derecho a la consulta previa.
54. En efecto, como se indicó anteriormente, una obligación que se deriva de la posición *iusfundamental* “el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales”, es el deber de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. En el marco de esta obligación, el artículo 9 de 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) establece que “[l]as entidades estatales deben identificar las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas”.
55. Así las cosas, reducir la consulta previa a determinados procedimientos administrativos, involucraría excluir de la consulta alguna otra medida administrativa que pudiera afectar directamente a las comunidades indígenas u originarias.
56. Dicha exclusión incumpliría con la obligación constitucional de consultar cada vez que se prevean medidas administrativas que afecten de manera directa a las comunidades indígenas u originarias. Asimismo, considerar taxativamente la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

identificación de los procedimientos administrativos inobservaría el principio *pro persona*, que obliga a interpretar en sentido amplio las normas que consagran derechos fundamentales, pues reduciría el espectro de medidas que puedan ser objeto de consulta previa. Aunado a ello, la interpretación restrictiva también contravendría el fundamento del principio democrático, pues las comunidades indígenas no podrían participar, mediante la consulta previa, en la adopción de toda medida que los afecte directamente. Y, con dicha exclusión se disminuiría la facultad de las entidades estatales, establecida en el artículo 9 de la Ley 29785, de proceder a la consulta previa respectiva en toda ocasión que se identifiquen medidas relacionadas con las actividades de hidrocarburos y electricidad que tengan relación directa con los derechos de las comunidades indígenas.

57. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal concluye que la identificación de los procedimientos administrativos dispuesta en la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, no puede ser interpretada en un sentido restringido, sino en uno amplio, de conformidad con el contenido del derecho a la consulta previa, bajo el cual los procedimientos administrativos objeto de consulta previa, en materia de hidrocarburos y electricidad, no se limitan a los enumerados en dicha resolución.
58. Ahora bien, para que se active la obligación de la consulta previa de la aprobación de los procedimientos administrativos en los que procede la consulta previa, es necesario determinar si la identificación de los procedimientos administrativos y lo regulado respecto de estos (la dirección a cargo de la consulta previa y la oportunidad en la que será realizada), afectan directamente sobre, entre otras, las condiciones sociales, económicas, ambientales, jurídicas, territoriales o ambientales de las comunidades indígenas.
59. Como se puede observar, la identificación de los procedimientos administrativos en las actividades de hidrocarburos y electricidad establecida en la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, considerando una interpretación amplia, si bien impacta sobre las comunidades indígenas, al referirse a la consulta previa de esos procedimientos administrativos, no plantea una prescripción u obligación de alguna conducta que tenga la potencialidad de alterar directamente la estructura social, económica, ambiental, territorial o jurídica de dicha población. Asimismo, en la medida en que se ha advertido que la determinación del órgano a cargo y los términos en los que está planteada la oportunidad de la consulta previa de los procedimientos administrativos identificados no generan una afectación directa a las comunidades indígenas, se concluye que este extremo de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM no activa la obligación de que sea consultada previamente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

60. Sobre la base de lo desarrollado en el presente caso, se concluye que los términos en los que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM plantea el órgano a cargo, la oportunidad y la identificación de los procedimientos administrativos que serán objeto de consulta previa en las actividades de hidrocarburos y electricidad, teniendo en cuenta una interpretación amplia, no activan la obligación de la consulta previa para su emisión. Se evidencia así que dicha resolución es un reglamento que regula el trámite interno del Ministerio de Energía y Minas (Poder Ejecutivo), que no tiene el propósito de determinar aspectos que afecten directamente a las comunidades indígenas.
61. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal exhorta al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de las comunidades indígenas y originarias en la implementación del procedimiento de consulta previa. La participación de las comunidades interesadas en la elaboración e implementación de las medidas legales o administrativas permite, entre otras cosas, que se tenga un verdadero conocimiento de la realidad, de cara a buscar medidas inclusivas que permitan un ejercicio real de la consulta previa. Ello contribuye a una participación más efectiva de los pueblos indígenas y originarios en el Estado, lo que, desde luego, fortalece a la democracia.
62. Asimismo, dicha participación posibilita un clima de confianza y respeto mutuo, con el cual se promueve la característica de la buena fe de la consulta previa. En esta línea, la relatora especial sobre Derechos de los pueblos indígenas ha resaltado que “para garantizar el clima de confianza, respeto mutuo y buena fe que se requiere para establecer procesos de consulta genuinos, los propios procedimientos de consulta deben ser el resultado de un consenso.”⁵

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos, que deberá ser entendida como una de amparo.
2. **INTERPRETAR** la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, de conformidad con los fundamentos 40, 51, 57 y 59 de la presente sentencia.

⁵ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/45/34. 18 de junio de 2020, párr. 53.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

3. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de las comunidades indígenas y originarias en la implementación del procedimiento de consulta previa.
4. **ADMITIR** la intervención de la Confederación Nacional Agraria en calidad de litisconsorte.
5. Declarar **IMPROCEDENTE** las solicitudes de excepción de incompetencia y prescripción solicitadas.
6. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de sustracción de la materia presentada por el procurador público del Ministerio de Energía y Minas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ**

PONENTE RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien coincido con los puntos resolutivos 4 y 5 de la sentencia de mayoría, con el mayor respeto por las opiniones de mis colegas magistrados emito el presente voto singular:

El Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú interpone *demanda de cumplimiento* (la cual, con mi voto discrepante, fue transformada a una de amparo) contra el Ministerio de Energía y Minas, solicitando que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM sea sometida a consulta previa, en cumplimiento de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como del artículo 2 de la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

En la sentencia emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC publicada con calidad de precedente en el diario oficial *El Peruano* el 7 de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional precisó los requisitos mínimos que debe cumplir una norma legal o un acto administrativo para ser exigible mediante el proceso de cumplimiento. Allí señaló que, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el *mandamus* previsto en la ley o en el acto administrativo debe: a) ser vigente; b) ser cierto y claro, es decir, inferirse indubitadamente de la norma legal; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y. e) ser incondicional.

Al respecto, el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. En realidad, no habría podido estarlo, ya que hubiese roto toda su lógica. El artículo 2, en efecto, establece derechos que corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales. No establece derechos para grupos sociales determinados.

El derecho a la consulta previa tampoco deriva del artículo 89 de la Constitución, ya que las comunidades campesinas a las que alude deben organizarse jurídicamente para existir. La existencia de los pueblos tribales e indígenas a los que se refiere el Convenio 169, en cambio, es independiente del orden jurídico.

Este derecho, por tanto, deriva directamente del Convenio 169, como lo indica la propia demanda. Empero, este Convenio fue ratificado por el Perú el 26 de noviembre de 1993, cuando aún no estaba vigente la actual Constitución. Esta entró en vigor recién el 31 de diciembre de 1993.

Para que el Convenio 169 de la OIT hubiese agregado un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse hecho conforme al procedimiento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

previsto para la reforma constitucional. No puede aceptarse la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra manera.

La Constitución no establece que los tratados sobre derechos humanos tengan necesariamente rango constitucional. Tienen solo rango legal. Lo anterior se desprende de una lectura conjunta del artículo 200, inciso 4; los artículos 56 y 57; y, la Cuarta Disposición Final y Transitoria.

Así las cosas, siguiendo el precedente antes mencionado, queda claro que no corresponde pronunciarse sobre el fondo de la controversia, pues el *mandamus* invocado está sujeto a *controversia compleja* y a *interpretaciones dispares*. Adicionalmente, siendo que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM ha sido remplazada por la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, el *mandamus* invocado ya no tiene la condición de *vigente*.

Por lo tanto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de cumplimiento.

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, me aparto de lo resuelto por la mayoría, pues considero que la demanda debe ser declarada fundada. Paso a explicar inmediatamente el sentido de mi voto

1. En primer lugar, es necesario empezar precisando el contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la consulta previa. Este derecho, conforme ha sido precisado en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional garantiza, cuando menos:
 - a. El acceso a la consulta para los titulares del derecho (cfr. Sentencia 02196-2014-PA) respecto de aquellas medidas que pudieran afectarles directamente (cfr. Sentencia 00022-2009-AI, f. j. 19-23).
 - b. El respeto de las características esenciales del proceso de consulta (que debe ser *previa, libre e informada*; a lo cual el Tribunal Constitucional ha agregado las características de *buena fe, flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia e implementación previa*: Sentencia 00022-2009-AI, f. j. 26 y ss.; cfr. Sentencia 5427-2009-PC)
 - c. El cumplimiento de los acuerdos establecidos en la consulta.
2. Asimismo, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que “[n]o forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa”; sin embargo, debe tomarse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Pueblo Saramaka contra Suriname (Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), se ha referido de manera más amplia al derecho al “consentimiento” de los pueblos.
3. En lo que se refiere al presente caso, la ponencia señala que no se vulneró el derecho a la consulta previa, libre e informada, debido a que la regulación cuestionada (la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, medida administrativa que implementa el procedimiento de la consulta previa en materia de hidrocarburos y electricidad) supuestamente no les afecta “directamente”, tal como lo requiere el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Asimismo, en la ponencia se ha indicado que “una afectación directa es todo aquel impacto positivo o negativo que altera las esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras, de la comunidad indígena u originaria, que son la base de su cohesión social”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

4. En mi caso, considero que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, que implementa el procedimiento de la consulta previa en materia de hidrocarburos y electricidad, sí es lesiva del derecho que se invoca, al no haber sido sometida a consulta previa, cuando ello sí debió hacerse.
5. Al respecto, encuentro que, en efecto, en anteriores ocasiones el Tribunal Constitucional ha precisado que artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa hace referencia a que la consulta se hará ante vulneraciones o amenazas de vulneración directas a sus derechos colectivos. Como ha advertido este Tribunal, esta referencia a las medidas “susceptibles de afectarles directamente” deben ser entendidas como “cambios relevantes y directos en la situación jurídica de los pueblos indígenas” (Sentencia 0022-2009-PI/TC, fundamento 19). Se trata, ciertamente, de una perspectiva algo más amplia o genérica de lo que podría ser sometido a consulta, en comparación con el estándar contenido en la ponencia.
6. Asimismo, el mismo Tribunal ha precisado que, con respecto a la trascendencia de los cambios, esta debe ser no solo alegada, sino que debe ser “explicada por los pueblos indígenas que la invoquen, porque no siempre será advertida por la cultura mayoritaria” (Sentencia 02196-2014-PA, fundamento 17).
7. Sin embargo, como lo he indicado en otra oportunidad (fundamento de voto de la Sentencia 00012-2020-PI), de lo anterior no se desprende que la carga de la prueba en relación con la afectación de los pueblos implica una especie de “prueba diabólica”, imposible de satisfacer en la medida que no pueden hacerse cargo de las preconcepciones, cosmovisiones y hasta prejuicios de las autoridades. Siendo así, de manera complementaria debe precisarse que, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales deben resolver los casos relacionados a las consultas previas considerando que, posiblemente, los pueblos titulares del derecho pertenecen a una manifestación cultural diferente, por lo que deben incluir en su análisis la visión de las comunidades para resolver las controversias que conocen” (Sentencia 02196-2014-PA, fundamento 17). De este modo, debe verse en la consulta la consecución de un *verdadero diálogo intercultural*, conforme al cual, “dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto”, ello, no solo para “obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados” (Sentencia 00022-2009-PI, f. j. 33)

8. Además de lo indicado, en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional ha brindado un trato deferente a las personas o colectivos en situación de vulnerabilidad, como es precisamente el caso de diversos pueblos y comunidades originarias o campesinas, muchas de las cuales pueden encontrarse en situación de pobreza o de manifiesto desequilibrio frente al Estado o a grandes empresas, por lo cual, con base en el principio *favor debilis* –manifestación del principio *pro persona* que subyace a ocasiones en las que el Tribunal Constitucional, por ejemplo, al atender a los “sujetos merecedores de especial protección constitucional”–, corresponde a este órgano colegiado brindar una tutela especialmente protectora, además de aplicar la regulación ya prevista por el Código Procesal Constitucional pertinente a estos efectos, como es el caso de los principios *pro actione*, de economía procesal, de elasticidad, de dirección del proceso, etc.
9. En lo que concierne al presente caso, encuentro que la regulación cuestionada incide de manera muy obvia en el derecho a la consulta previa, libre e informada, pues se refiere a la regulación del ejercicio de ese derecho en sí mismo. En efecto, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM prevé en qué casos y en qué momentos será posible que la Administración le consulte a los pueblos respecto de proyectos en materia de hidrocarburos y electricidad, y, por ende, es algo que incide directamente en el ejercicio de un derecho fundamental que le corresponde específicamente a las comunidades.
10. Con lo anotado, me parece claro que el problema de fondo incide en la perspectiva limitada que se ha acogido, una vez más, respecto de la “afectación directa” que justifica el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada, entendido tan solo como, reitero, el “impacto positivo o negativo que altera las esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras, de la comunidad indígena u originaria”, pues ella lamentablemente excluye, seguramente sin que este sea el propósito de mis colegas, aquello concerniente a la regulación del propio derecho a la consulta previa. En este orden de ideas, una perspectiva complementaria debería incluir dentro de los supuestos de “afectación directa” a todos aquellos casos en los que podría existir una vulneración o amenaza de los diversos derechos fundamentales que titularizan las comunidades originarias (y por cierto, de manera especial aquellos ámbitos relacionados con las esferas “política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras” a las que se alude en el proyecto).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01717-2014-PC/TC

LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL
AMBIENTE Y EL DESARROLLO
SOSTENIBLE PERU (IDLADS),
REPRESENTADO POR HENRY OLEFF
CARHUATOCTO SANDOVAL

11. Por las razones antes expuestas, considero que la demanda (entendida como una de amparo, conforme a los actuados) debe ser declarada fundada, pues la resolución ministerial cuestionada debió ser sometida a una consulta previa, libre e informada, y, al no ser este caso, se ha producido una vulneración del referido derecho fundamental.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

LPDERECHO.PE