



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC
ÁNCASH
FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de agosto de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Federación Kichwa Huallaga Dorado (Fekihd), a favor de la comunidad Maray, su asociada, contra la resolución de fojas 70, de fecha 16 de enero de 2014, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 12 de julio de 2013, la asociación recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de El Dorado, solicitando que cese la vulneración de los derechos a la participación, a la consulta y al debido procedimiento de su asociada, la comunidad Maray. En consecuencia, persigue que la emplazada implemente el proceso de consulta en el poblado originario Maray, de modo previo al otorgamiento de autorizaciones administrativas a terceros o entidades estatales para la extracción de material de acarreo en el territorio y jurisdicción de la citada comunidad.

Sostiene que tiene entre sus asociados al poblado originario Maray, el que ha venido ocupando un territorio adyacente al río Sisa, en cuya rivera se encuentran las canteras de material de acarreo que vienen siendo explotadas por terceros, pese a que la comunidad ostenta derechos preferentes sobre aquellas. Agrega que, si bien según la Ley 28221, que regula el derecho por extracción de materiales de los álveos o cauces de los ríos por las municipalidades, corresponde a la emplazada autorizar la extracción del material de acarreo, ello requiere ser previamente consultado a la comunidad Maray, en cumplimiento de lo establecido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como de los artículos 2, inciso 17, y 139, inciso 3, de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC

ÁNCASH

FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

Constitución, referentes, respectivamente, a la participación en la vida política, social y cultural de la Nación y a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Contestación de la demanda

La Municipalidad Provincial de El Dorado contesta la demanda alegando que no ha identificado ni determinado el ámbito territorial del poblado indígena Maray, siendo que, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, estos pueblos deben estar registrados en la base de datos del órgano técnico especializado en materia indígena del Gobierno y que cumplirá con el derecho a consulta cuando los pueblos estén identificados, lo que no ocurre en el presente caso. Por consiguiente, solicita que la demanda sea declarada infundada.

Sentencia de primera instancia o grado

El Juzgado Mixto de El Dorado de la Corte Superior de Justicia de San Martín declaró fundada la demanda de amparo, por considerar que la emplazada no ha negado que se está extrayendo material de acarreo dentro del ámbito de la comunidad Maray, y niegan, más bien, la existencia formal de la demandante por no estar inscrita en el registro que establece la ley; sin acreditar haber verificado si se está afectando el decurso existencial de la comunidad Maray.

Resolución de segunda instancia o grado

A su turno, la Sala revisora revocó la recurrida y declaró improcedente por ahora (sic) la demanda, debido a que la consulta debe realizarse en aquellos pueblos en cuyos territorios se desarrollará la medida legislativa o administrativa que los afecte y que la actora y la comunidad Maray no han acreditado que esta última esté registrada en la base de datos oficial a cargo del Ministerio de Cultura. Por ende, la demanda resulta improcedente según el artículo 47 del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, la federación recurrente solicita que la municipalidad emplazada implemente el proceso de consulta previa en la comunidad Maray, asociada de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC
ÁNCASH
FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

actora, antes del otorgamiento de autorizaciones administrativas a terceros o entidades estatales para la extracción de material de acarreo en el territorio y jurisdicción de la citada comunidad, por considerar que tal omisión lesiona sus derechos a la consulta y al debido procedimiento.

Materias constitucionales a dilucidar

2. El presente caso plantea la necesidad de pronunciarse sobre determinadas cuestiones imprescindibles a los efectos de comprender los alcances de los citados artículos 88 y 89 de la Constitución, y el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Por ello, de manera previa a la solución del problema jurídico planteado, se desarrollará lo siguiente:

- la naturaleza jurídica de los pueblos indígenas u originarios a la luz de la Constitución;
- la consulta previa como cláusula constitucional relevante.

La naturaleza jurídica de los pueblos indígenas u originarios a la luz de la Constitución

3. La Constitución de 1993 reconoce de manera expresa el pluralismo cultural existente en nuestra sociedad, el derecho individual a la identidad diversa, el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir protección por parte del Estado y la sociedad en general, consagrando una serie de disposiciones. Por ejemplo, los artículos 2, inciso 19; 15; 17; 48; 88; 89; 149; y 191; los cuales conforman el cuerpo jurídico constitucional indígena peruano.

4. Sin embargo, la Constitución de 1993 no alude explícitamente a los “pueblos indígenas u originarios”. Así, el artículo 89 de la Constitución prescribe lo siguiente en su primer párrafo: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. [...]”. A criterio de este Tribunal, luego de una interpretación unitaria de la precitada disposición, la Constitución reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna, es decir, las reconoce como personas jurídicas.

5. Debe tenerse cuidado en no establecer una sinonimia entre el concepto “comunidades campesinas y nativas” con el concepto “pueblos indígenas u



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC
ÁNCASH
FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

originarios”. La normativa básica que regula en el país el derecho a la consulta (Convenio 169 OIT, Ley 29785 que regula la consulta previa, así como su Reglamento) alude a los “pueblos indígenas u originarios” como aquellos que cumplen los criterios objetivos y subjetivos señalados por el Convenio 169, artículo 1, incisos 1 y 2. Los criterios objetivos son los siguientes: i) descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales; ii) mantener completamente o en parte las prácticas y costumbres. El criterio subjetivo es la conciencia de su identidad o autoidentificación. Así, puede darse el caso, en estricto, de que haya comunidades campesinas o nativas que no formen parte de un pueblo indígena u originario, así como pueblos indígenas u originarios que no estén organizados en comunidades. Esta situación es recogida normativamente por la Ley 29785, que, en su artículo 7 señala que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos **pueden** ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo.

6. Consecuentemente, el hecho de que la Constitución reconozca personería jurídica a las “comunidades campesinas y nativas”, y no expresamente a los “pueblos indígenas u originarios”, no significa que solo los pueblos indígenas u originarios organizados en forma de comunidades campesinas o nativas ostenten personería jurídica. Y es que, normativamente, la personería jurídica de los pueblos indígenas u originarios deriva de la ratificación por parte del Estado Peruano del Convenio 169 OIT que define el concepto, constituye el marco normativo que los regula y forma parte del ordenamiento jurídico nacional en una lógica de convencionalización del Derecho. Es así que, de conformidad con el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final de la Constitución de la Constitución, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 0025-2005-PI/TC, fundamento 33).

7. A mayor abundamiento, corresponde señalar que la inscripción registral de los pueblos indígenas u originarios no está sujeta a condiciones antojadizas de las autoridades que tienen a su cargo dicha labor, un número mínimo de personas para su formación, encontrarse dentro de un área natural protegida, que todos los miembros tengan apellidos indígenas, contar con un estatuto aprobado, entre otros. Por el contrario, dicho registro queda sujeto solo al cumplimiento de los criterios objetivos y subjetivos señalados por el Convenio 169, artículo 1, incisos 1 y 2, descritos *supra*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC
ÁNCASH
FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

8. En general, cabe diferenciar entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representadas por una colectividad de individuos, *universitates personarum*, y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial, *universitates bonorum* (cfr. sentencia recaída en el Expediente 04611-2007-PA/TC, fundamento 24).
9. Dentro de dicho contexto, las comunidades campesinas y nativas constituyen personas jurídicas de tipo *universitates personarum*, razón que explica por qué la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, les ha otorgado personería jurídica *erga omnes* en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia. Esa misma lógica debe hacerse extensiva a todos los pueblos que califiquen como pueblos indígenas u originarios, de quienes también puede decirse que constituyen personas jurídicas de tipo *universitates personarum*. Eso concuerda con lo previsto en el artículo 1, inciso 1.b, del Convenio 169, que prescribe que se aplicará los pueblos indígenas *cualquiera que sea su situación jurídica*. Aquello quiere decir que su personería jurídica no nace con la inscripción.
10. Estando a lo expresado, cabe analizar la legitimidad activa de los pueblos indígenas u originarios para solicitar tutela de derechos. Dicho examen debe considerar los fines de los procesos constitucionales reconocidos en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es decir, garantizar la supremacía constitucional y la vigencia de los derechos fundamentales.
11. Al respecto, si los pueblos indígenas u originarios tienen existencia legal y personería jurídica directa, el acto administrativo de inscripción resulta declarativo y no constitutivo.
12. El Código Procesal Constitucional prescribe en su artículo 40, tercer párrafo, que cualquier persona puede interponer una demanda de amparo: “[...] cuando se trate de la amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”. No obstante, la citada norma adjetiva nada dice sobre la protección de los derechos colectivos, tipo de derecho al que pertenece la consulta previa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC

ÁNCASH

FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL DORADO (FEKIHD)

13. Si bien nuestra legislación procesal constitucional no ha reservado para este tipo de derechos una específica regulación, este Tribunal considera que la tutela del derecho colectivo a la consulta previa podría ser materializada a través del supuesto de “afectación directa” al que aluden los artículos 39 y 40, primer párrafo, del código mencionado. Y ello es así porque, en primer lugar, el propio pueblo indígena u originario, en tanto sujeto colectivo con personería jurídica, podría demandar como directamente vulnerada, así como cualquier miembro de esta que invoque afectación directa.
4. Asimismo, los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar tutela constitucional a través de otra entidad —como una federación, una confederación o una organización no gubernamental (ONG)— si así lo decidieran en su beneficio, en ejercicio de su derecho a la autonomía en su organización. No obstante ello, dicha representación procesal debe quedar fehacientemente acreditada, a saber, la agraviada debe manifestar su voluntad de que otra entidad, cualquiera fuere la naturaleza de esta (comunal, estatal o privada), asuma la defensa de sus derechos.

La consulta previa como cláusula constitucional relevante.

15. El derecho a la consulta regulado en el artículo 6, literal “a”, del inciso 1, del Convenio 169 de la OIT constituye una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas para tutelar sus intereses, el cual pretende propiciar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas.
16. El artículo 6, del Convenio 169, en el literal “a”, de su inciso 1, prescribe lo siguiente:

1. Al aplicar las disposiciones del 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.

El artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa también 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” debe ser entendida como



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC

ÁNCASH

FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL DORADO (FEKIHD)

“cambios relevantes y directos en la situación jurídica de los pueblos indígenas” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 19).

17. Según esta perspectiva, resulta esencial señalar que la trascendencia de los cambios debe ser no solo alegada, sino explicada por los pueblos indígenas que la invoquen, porque no siempre será advertida por la cultura mayoritaria. Otro punto a considerar es que los jueces, quienes resolverán las demandas de tutela constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, pertenecen a una manifestación cultural diferente, situación que los obliga a incluir en su análisis la visión de las comunidades para resolver las controversias que conocen.

8. En la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 37, este Tribunal Constitucional determinó que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta está conformado por lo siguiente:

[..] i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos establecidos en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

19. En tal sentido, los casos en que se reclame la omisión de la consulta deben ser atendidos en sede constitucional por pertenecer al ámbito de protección del derecho fundamental, siempre que no se requiera una actividad probatoria intensa. De igual manera, expresó que de la propia normativa del Convenio 169 se extraen las principales características del derecho a la consulta; a saber: “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” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 26).

20. El Tribunal Constitucional también enfatizó que la consulta debía ser siempre llevada a cabo de forma previa. Y es que la idea esencial de la consulta es que los pueblos indígenas puedan plantear sus perspectivas culturales, a fin de que puedan ser tomadas en cuenta.

21. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que tendrán un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC

ÁNCASH

FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo derivarse de ello una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan (cfr. sentencia recaída en el Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 36).

Análisis de procedencia de la demanda

22. Este Tribunal advierte que el presente proceso ha sido promovido por la asociación denominada Federación Kichwa Huallaga Dorado (Fekihd) a favor de su asociada, la comunidad Maray, que ocupa un territorio adyacente al río Sisa, distrito de San José de Sisa, provincia de El Dorado, región San Martín. En la ribera de dicho río se encuentran las canteras de material de acarreo, las cuales son explotadas por terceros con autorización de la emplazada, desconociendo los derechos preferentes que ostenta la citada comunidad.
23. Si bien, de acuerdo con lo expresado *supra*, los artículos 39 y 40 del Código Procesal Constitucional habilitan a los integrantes de un pueblo originario a entablar una demanda constitucional, ello no obsta que dichos pueblos, a través de sus representantes legales, acudan a la justicia constitucional.
24. Ahora bien, se advierte que la recurrente es una asociación debidamente inscrita en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (fojas 2 del expediente principal) y que la comunidad Maray constituye una comunidad originaria con raíces ancestrales registrada en la base de datos del Gobierno Regional de San Martín, tal como se aprecia a fojas 5 del expediente principal, y a fojas 29 a 32 del cuaderno del Tribunal Constitucional.
25. Por otra parte, tal como se aprecia de las copias de la constancia emitida por la Dirección Regional de Inclusión Social e Igualdad de Oportunidades, de fecha 10 de setiembre de 2013 y del Acta de la Asamblea General Extraordinaria de la Comunidad de Maray, de fecha 12 de mayo de 2011 (de fojas 32 a 34 del cuaderno del Tribunal Constitucional), la Comunidad Maray está afiliada a la Federación Kichwa Huallaga Dorado (Fekihd), organización representativa de la población indígena quechua de la provincia de El Dorado. En consecuencia, la Fekihd está legitimada para interponer la presente demanda a favor de su asociada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC
ÁNCASH
FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

Análisis del caso en concreto

26. En el presente caso, se deben evaluar los siguientes aspectos: a) si la comunidad Maray califica como sujeto titular del derecho a la consulta previa, b) si la Municipalidad Provincial de El Dorado siguió el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico nacional para los casos de consulta previa, y c) la relevancia jurídica de la suscripción del convenio de control y extracción de material de agregado en el distrito de San José de Sisa, celebrado entre las partes.

27. Acerca de la titularidad del derecho a la consulta previa, se debe señalar que, conforme al artículo 5 de la Ley 29785, los titulares del derecho de consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados directamente por una medida legislativa o administrativa. La actora, como quedó establecido *supra*, actúa en el presente proceso en representación de la comunidad Maray, por lo que se debe dilucidar si esta califica como pueblo indígena u originario o parte de este.

28. Al respecto, de las piezas procesales que obran en autos se advierte lo siguiente:

- Constancia de reconocimiento de la comunidad Maray como un pueblo originario ubicado en el distrito de San José de Sisa, provincia de El Dorado, afiliada a la Fekihd, emitida por la Dirección Regional de Inclusión Social e Igualdad de Oportunidades del Gobierno Regional de San Martín, en la cual se consigna, además, que se encuentra registrada en la base de datos de la Oficina Regional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas de San Martín (fojas 32 del cuaderno del Tribunal Constitucional);
- Oficio 000019-2016/DGPI/VMI/MC, de fecha 26 de enero de 2016, emitido por la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura (fojas 50 del cuaderno del Tribunal Constitucional), mediante el cual se indica que en la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI) no se cuenta con información sobre la comunidad Maray y la Fekihd. Sin embargo, se detalla que se tiene evidencia de la existencia de comunidades nativas y centros poblados identificados como parte del pueblo indígena kichwa en la zona donde se asienta la comunidad Maray. Asimismo, precisa que la BDPI es una herramienta en constante actualización, que contiene información de carácter declarativo y no constitutivo. Enfatiza que la información recopilada en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC

ÁNCASH

FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL DORADO (FEKIHD)

dicha base de datos no es información primaria generada por el Ministerio de Cultura sino obtenida o producida por diversas entidades de la administración pública.

- Convenio de control y extracción de material agregado en el distrito de San José de Sisa suscrito por la Municipalidad Provincial El Dorado y la Fekihd de diciembre de 2016, en el cual se reconoce a la Fekihd como una persona jurídica representante de doce comunidades nativas kichwas ubicadas en la zona de San José de Sisa.

29. Además, se deben tener presentes las precisiones realizadas en el Decreto Legislativo 1360, a través del cual se precisan las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura, y que en su Tercera Disposición Complementaria Final señala que los pueblos indígenas u originarios ejercen sus derechos colectivos independientemente de que hayan sido identificados y reconocidos; agregando que la información contenida en la BDPI no excluye la existencia de otros pueblos que puedan habitar o ejercer sus derechos colectivos en el territorio nacional.

30. De una evaluación integral de las piezas procesales mencionadas *supra*, así como del análisis del Decreto Legislativo 1360, se extraen las siguientes conclusiones: i) existe un pueblo indígena denominado kichwa conformado por diversas comunidades que comparten una lengua originaria (la lengua kichwa) y del cual forma parte la comunidad Maray, ubicada en el margen izquierdo del río Sisa; ii) este reconocimiento es oficial, pues ha sido efectuado por el Gobierno Regional de San Martín, y el hecho que no figure inscrito en la BDPI no enerva ni resta valor a dicho hecho, máxime si, como ha quedado claramente establecido, el registro en la BDPI tiene un carácter declarativo y no constitutivo, posición confirmada por el propio Ministerio de Cultura, entidad a cargo del referido registro.

31. En consecuencia, a juicio de este Tribunal Constitucional, la comunidad Maray califica como parte del pueblo indígena u originario kichwa, asentado en las cercanías del río Sisa, distrito de San José de Sisa, provincia de El Dorado y, por consiguiente, es sujeto titular del derecho a la consulta previa.

32. Con relación a si la Municipalidad Provincial de El Dorado siguió el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico nacional para los casos de consulta previa, queda claro a la luz de lo expresado por esta en la contestación de la demanda que no efectuó la consulta previa a la comunidad Maray respecto a las autorizaciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC

ÁNCASH

FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

para la extracción de material de acarreo en el territorio que ocupa la citada comunidad, por lo que resulta evidente que el procedimiento de consulta previa ni siquiera se inició, al no reconocer a la comunidad Maray el estatus de pueblo indígena u originario. Conforme a lo estipulado en la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, seguir dicho procedimiento hubiera implicado preliminarmente, entre otras cosas, identificar la medida administrativa, identificar los pueblos indígenas u originarios asentados en el territorio en el que se ejecutará, así como el carácter y nivel de incidencia que generará dicha ejecución sobre los derechos de los referidos pueblos.

33. En el presente caso, no se advierte que la emplazada haya cumplido dicha labor, pues, más allá de la mención a la medida administrativa (autorización para la extracción y transporte de materiales no metálicos de una cantera ubicada en la zona), no se advierte que se haya analizado el impacto de dicha medida en los pueblos indígenas u originarios ahí asentados, evaluación que es parte de la etapa de identificación de la medida administrativa que debiera ser objeto de consulta, conforme se detalla en el artículo 9 de la Ley 29785. Resulta evidente que este análisis a cargo de la entidad promotora de la medida va en paralelo con la identificación de los pueblos indígenas u originarios, tal como lo precisa el artículo 14 del Reglamento de la Ley 29785. Sostiene esta constatación lo afirmado por la propia demandada en su recurso de apelación (fojas 43), cuando a la par de insistir en el carácter constitutivo del registro en la BDPI (argumento ya rechazado por este Colegiado), añade que "procederá a implementar el procedimiento de consulta previa a la Comunidad Maray cuando ella esté debidamente identificada para la cual la propia comuna deberá implementar y formalizar el plan de acondicionamiento territorial de la provincia de El Dorado".

34. Quiere esto decir que la propia demandada reconoce que existe una herramienta normativa (el plan de acondicionamiento territorial de El Dorado) que constituye, a su juicio, un requisito para la identificación debida de la Comunidad Maray como pueblo indígena u originario (o como parte de uno), por lo que cualquier medida administrativa que pueda conllevar un impacto en la zona donde estén ubicados estos pueblos debió acarrear la acción del municipio demandado en pos de definir cualquier tema que pudiese conspirar contra la debida identificación de los referidos pueblos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC

ÁNCASH

FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL DORADO (FEKIHD)

35. Corresponde ahora analizar la relevancia jurídica de la suscripción del convenio de control y extracción de material de agregado en el distrito de San José de Sisa, celebrado entre las partes. En éste, además de reconocer al Fehkid personería jurídica, asigna a la actora la función de apoyar a la Gerencia de Gestión Ambiental y Desarrollo Económico de la Municipalidad Provincial de El Dorado, en las funciones de regulación y supervisar las labores de extracción que se realicen en el citado distrito, incluyendo la posibilidad de realizar labores de decomiso en caso de infracción a la normativa sobre extracción de material de acarreo en la cantera del río Sisa. Asimismo, el referido convenio establece la posibilidad de que la Fehkid, previa opinión técnica de la Gerencia de Gestión Ambiental y Desarrollo Económico, acceda a la extracción de material de acarreo para trabajos comunitarios.

36. Al respecto, se debe señalar que el procedimiento de consulta previa tiene también un carácter formal, tal como lo establece el artículo 5, inciso "a", del Reglamento de la Ley 29785, lo cual significa que deben cumplirse una serie de etapas, las cuales están descritas en la ley y el reglamento. Uno de los principios rectores del procedimiento de la consulta previa, descrito en el artículo 4, inciso "a", de la Ley 29785, es el principio de oportunidad, según el cual el proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.

37. Las formalidades establecidas en las normas indicadas tienen como objetivo que se produzca, como se reseña en el Reglamento de la Ley 29785, un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta.

38. Siendo así, el convenio de control y extracción de material de agregado en el distrito de San José de Sisa suscrito entre las partes, si bien posee un valor jurídico en tanto manifestación de voluntad de quienes lo suscriben referido al apoyo, a través de la fiscalización, a las actividades extractivas que se desarrollen en la zona, no sustituye ni reemplaza al procedimiento de consulta previa, pues este, como se ha descrito en los fundamentos 34 y 35 *supra*, tiene un carácter formal, etapas claramente definidas y debe realizarse de modo previo a la adopción de la medida administrativa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC
ÁNCASH
FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

39. Sin perjuicio de lo señalado en los fundamentos anteriores, no constituye un dato menor el hecho de que, consultada por este Tribunal Constitucional acerca de si la suscripción del citado convenio acarrea o no el desistimiento del proceso, de la pretensión o del recurso de agravio constitucional, la Fekihd, mediante escrito de fecha 21 de setiembre de 2018, respondió que dicho convenio no conlleva desistimiento alguno.

40. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional considera que la Municipalidad Provincial de El Dorado incumplió con el procedimiento de consulta previa a la comunidad Maray, por lo que debe ordenarse que realice su materialización conforme al Convenio 169 OIT, a la Ley 29785 y a su Reglamento, debiendo tener en cuenta, especialmente, aunque no excluyentemente, los siguientes elementos:

- Lo previsto en el artículo 2, inciso 3, del Reglamento de la Ley 29785, que prescribe que los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas.
- La información que obra en la base de datos de la Oficina Regional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas de San Martín que reconoce a la comunidad Maray como un pueblo originario ubicado en el distrito de San José de Sisa, provincia de El Dorado, afiliada a la Fekihd.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Provincial de El Dorado materialice el proceso de consulta previa acerca de la medida administrativa de extracción de material de acarreo en territorio adyacente al río Sisa, tomando en consideración lo indicado en los fundamentos de la presente sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC
ÁNCASH
FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIH D)

3. **ORDENAR** a la emplezada al pago de costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Miranda Canales
Ramos Núñez
Ledesma Narváez
Espinosa-Saldaña Barrera

PONENTE
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC

ANCASH

FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de nuestro colega magistrado, emitimos el presente voto singular, por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso, la federación recurrente solicita que la municipalidad emplazada implemente el proceso de consulta en la comunidad Maray antes del otorgamiento de autorizaciones administrativas a terceros o entidades estatales para la extracción de material de acarreo en el territorio y jurisdicción de la citada comunidad, por considerar que tal omisión lesiona sus derechos a la consulta y al debido procedimiento.
2. Coincidimos con lo expresado desde el considerando 12 hasta el 14 *supra*, en relación a que el artículo 40 del Código Procesal Constitucional habilita a los miembros de un pueblo originario a entablar una demanda constitucional, así como a que sus representantes legales acudan a la justicia constitucional.
3. En ese sentido, advertimos que la recurrente es una asociación debidamente inscrita en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (folio 2) y que la comunidad Maray constituye una comunidad originaria con raíces ancestrales registrada en la base de datos del Gobierno Regional de San Martín, tal como se aprecia a fojas 5 del principal y a fojas 29, 30 y 31 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional.
4. Por otra parte, tal como se aprecia a fojas 32 y 33 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional se encuentra acreditado que la Comunidad Maray está afiliada a la Federación Kichwa Huallaga Dorado (Fekihd), organización representativa de la población indígena quechua de la provincia de El Dorado. En consecuencia, la Fekihd está legitimada a fin de interponer la presente demanda a favor de su asociada.

Análisis de la controversia

5. En el presente caso, la recurrente no ha cumplido con señalar y acreditar satisfactoriamente, desde la perspectiva indígena, los cambios que las autorizaciones ediles que denuncia genera en la normal existencia de la comunidad Maray. Por ejemplo, no ha acreditado si el mero otorgamiento de autorización de extracción de dicho material, genera restricciones en sus derechos a la propiedad comunal o si, la extracción altera su medio ambiente o aspectos culturales.
6. Es decir, no ha cumplido con el deber de probar cómo la actividad denunciada afecta o amenaza tal derecho fundamental, en consecuencia, corresponde declarar infundada la presente demanda.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02196-2014-PA/TC
ANCASH
FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL
DORADO (FEKIHD)

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Me adhiero al voto singular del magistrado Ferrero Costa, coincidiendo con los fundamentos que en el mismo se consignan. En tal sentido, estimo también que debe declararse **INFUNDADA** la demanda, al no haberse probado cómo es que el otorgamiento de la autorización de extracción de material de acarreo de las canteras existentes en la ribera del río Sisa a favor de terceros, ha afectado los derechos invocados de la comunidad Maray.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC

ANCASH

FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA

EL DORADO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el siguiente voto singular al no concordar con la sentencia de mayoría de autos:

1. La Federación Kichwa Huallaga El Dorado solicita que cese la vulneración de sus derechos a la participación, a la consulta y al debido procedimiento de su asociada, la comunidad Maray. Persigue que la emplazada implemente el proceso de consulta en el poblado originario Maray, de modo previo al otorgamiento de autorizaciones administrativas a terceros o entidades estatales para la extracción de material de acarreo en el territorio y jurisdicción de la citada comunidad. Fundamenta esta pretensión en que no se ha efectuado la consulta previa requerida por el Convenio 169 de la OIT.
2. Empero, 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.
3. 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.
4. El derecho a la consulta previa, 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.
5. 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 previsto para la reforma constitucional. No puede aceptarse la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra manera.
6. 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.
7. El artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala que no procede el amparo cuando lo invocado no se vincula al contenido protegido de un derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02196-2014-PA/TC
ANCASH
FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA
EL DORADO

constitucional. Por tanto, la demanda es improcedente, ya que el derecho a la consulta previa no tiene el rango normativo requerido.

Por lo expuesto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL