



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESEP)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de junio de 2010, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con el fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, y los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESEP) contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 593, su fecha 4 de junio de 2009, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de agosto de 2007, la Asociación recurrente interpone demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas a fin de que dé cumplimiento al Convenio N.º 169 de la OIT y que, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional.

Manifiesta que, a pesar de que el citado Convenio fue suscrito por el Estado Peruano y ratificado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º 26253 –promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993–, el Ministerio de Energía y Minas no ha cumplido con adecuar su normatividad interna de acuerdo con el contenido de dicho tratado, particularmente en los temas relativos al derecho de consulta, tierras, territorios y recursos naturales. Asimismo, agrega que si bien existen algunas normas que se refieren a estos temas, ellas son de carácter general, es decir, aplicables para toda la población nacional, y no especialmente para los pueblos indígenas.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 13 de agosto de 2007, declara improcedente la demanda por estimar que, de la revisión de la misma, se desprende un conflicto de interpretación del sistema jurídico vigente, lo cual torna complejo el mandato cuyo cumplimiento se solicita.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 10 de abril de 2008, declaró nula la resolución apelada, por considerar que el juez *a quo* ha incurrido en un error al rechazar en forma liminar la demanda interpuesta.

El Quincuagésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 27 de noviembre de 2008, declara improcedente la demanda por considerar que el mandato cuyo cumplimiento se solicita es controvertido y requiere de la actuación de medios probatorios, agregando que existen otros procedimientos especiales, previstos en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

el propio Convenio, para cuestionar el cumplimiento del mismo por parte del Estado, los que, a su entender, constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 4 de junio de 2009, confirma la apelada, por estimar que para establecer el cumplimiento por parte del Estado de las disposiciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT se hace necesaria la verificación o confrontación de normas que se han emitido sobre la materia, lo cual no puede realizarse en un proceso constitucional como el de cumplimiento.

FUNDAMENTOS

§1. Objeto de la demanda y requisito especial

1. Mediante la presente demanda de cumplimiento, la Asociación recurrente pretende que el Ministerio de Energía y Minas dé cumplimiento al Convenio N.º 169 de la OIT y que, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional.
2. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.Const., para la procedencia del proceso de cumplimiento se requiere que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. En ese sentido, a fojas 39 de autos, consta el aludido requerimiento, de manera que la demanda de autos cumple con este requisito, por lo que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

§2. Sobre el proceso de cumplimiento: configuración constitucional, legal y jurisprudencial

3. De acuerdo al artículo 200, inciso 6, de la Constitución, el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Por su parte, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional (C.P.Const.) dispone que el objeto del proceso de cumplimiento es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.
4. Al respecto, este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en la Exp. N.º 00168-2005-PC/TC, en calidad de *precedente vinculante*, que por medio del proceso de cumplimiento se tutela el derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas, surge el derecho de defender la eficacia de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

normas legales y actos administrativos a través del mencionado proceso constitucional.

5. De otro lado, el citado precedente estableció también que, sea cual fuere el supuesto específico de incumplimiento invocado en la demanda, el actor deberá acreditar *no sólo* la renuencia de la autoridad involucrada sino que, además, deberá tomarse en cuenta las características mínimas comunes del mandato cuyo cumplimiento se solicita. Este Tribunal ha precisado que, para el caso del incumplimiento de normas legales, esos requisitos son los siguientes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No debe estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

§3. Delimitación de la materia controvertida

6. Según fluye de autos, lo que la Asociación recurrente pretende a través del presente proceso de cumplimiento es que el Ministerio de Energía y Minas cumpla con adecuar sus “normas”, “reglamentos” y “directivas” de conformidad con lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT respecto a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio, y a los recursos naturales.

7. En este contexto, la pretensión de la demandante está centrada en el cumplimiento correcto y cabal, de determinadas disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, específicamente las referidas a los derechos de consulta, a la tierra y el territorio, y los recursos naturales, pero no en el marco genérico de *todas* las obligaciones o mandatos que se derivan de las disposiciones del Convenio que contienen estos derechos, sino en el ámbito más preciso de la obligación o mandato contenido en dichas disposiciones de que, a nivel interno, exista una *regulación normativa* que desarrolle las referidas disposiciones, de modo adecuado y acorde con las facultades jurídicas que las mencionadas disposiciones han reconocido a los pueblos indígenas.

De este modo, la pretensión se encuentra enderezada a ordenar al Ministerio de Energía y Minas que cumpla con dicha obligación normativa, emitiendo las normas que fueran pertinentes para adecuar sus reglamentos y directivas a los mandatos que se derivan del Convenio N° 169 de la OIT, en temas de derecho a la consulta, tierras, territorios y recursos naturales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

Así, la *obligación de regulación normativa* cuyo cumplimiento se pretende a través del presente proceso no se encuadra dentro del supuesto genérico de la ejecución de un mandato contenido en una ley o un acto administrativo firme, sino en el supuesto más concreto recogido en el artículo 66, inciso 2, del C.P.Const., según el cual es materia del proceso de cumplimiento “el pronunciamiento expreso respecto a la obligación de **emitir reglamentos** cuya exigencia se encuentre establecida en una ley”; deber este último que, dicho sea de paso, no se circunscribe a la mera “obligación de pronunciamiento”, sino que comprende la obligación directa de **emitir** aquel reglamento cuya exigencia se deriva de la ley que le sirve de fuente obligacional. Por lo demás, así lo ha entendido este Colegiado en anterior jurisprudencia, en la cual se ha señalado expresamente que:

“El dispositivo antes mencionado [*Se pronuncie expresamente* cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento] admite dos interpretaciones: **a)** La que lo obligaría a que el pronunciamiento expreso sólo se limite a una justificación o explicación en torno de las razones por las que no ha sido emitida la resolución o reglamento respectivo; y **b)** La que lo obligaría a que el pronunciamiento expreso equivalga a la emisión necesaria y definitiva de la resolución administrativa o reglamento indebidamente omitidos.”

Considera este Colegiado que, aunque una lectura estrictamente literal del Código Procesal Constitucional permitiría convalidar las dos interpretaciones antes mencionadas, la única forma de hacer efectivo el objeto o finalidad del proceso de cumplimiento se compatibiliza con la segunda de las alternativas mencionadas. Si lo que la ley ordena no es cumplido y si, frente al incumplimiento de un mandato, procede el proceso de cumplimiento, la única conclusión lógica, a la par que razonable, apunta a fortalecer los objetivos del proceso antes que a desvirtuarlos, lo que *a contrario sensu* no sucedería si, acudiendo a la primera interpretación (que este Colegiado descarta), el pronunciamiento expreso sólo significara la convalidación o justificación de una inercia o ineficacia no permitida” (STC 02695-2006-PC/TC, FJ. 15-16).

§4. La posibilidad de examinar la pretensión de la demandante a través del presente proceso de cumplimiento

4.1. Jerarquía normativa del Convenio N° 169 de la OIT

8. No obstante ello, es preciso advertir que la Asociación recurrente entiende que la obligación de la entidad demandada, consistente en emitir “reglamentos” o “directivas” en el presente caso, no se deriva de alguna ley o norma de rango legal que lo disponga así expresamente; sino que, en realidad, estima que la fuente directa de tal deber es el propio Convenio N° 169, por ser éste un tratado internacional que ha sido debidamente ratificado por el Estado peruano.
9. Esta definición de la fuente normativa donde se encuentra inserto el deber de emisión o adecuación de los reglamentos del Ministerio de Energía y Minas trae aparejado, sin embargo, un problema de orden procesal. Y es que, de acuerdo a la configuración constitucional y legal del proceso de cumplimiento, éste se haya



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESEP)

arbitrado para ordenar el cumplimiento de normas legales o actos administrativos, mas no de normas de rango constitucional, como es el caso del Convenio N° 169 de la OIT. Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de *resistir* infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de *innovar* nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa) (STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuanama, FJ. 10).

4.2. La figura de la **inconstitucionalidad por omisión** y la posibilidad de su control por el juez constitucional

10. No obstante ello, este Colegiado considera que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un *argumento de fuerza* para requerir judicialmente su efectivización. Y es que si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al *derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos*, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, que se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional. Dicho en otras palabras, si según el artículo 66, inciso 2, del C.P.Const., el funcionario o autoridad renuente está obligado a emitir un reglamento cuando así lo ordena una norma legal expresa, más legítimo resulta afirmar que éste se encuentra obligado a emitir dicha norma si ella viene exigida por un *tratado internacional de rango constitucional directamente aplicable* que impone similares obligaciones a la entidad demandada en orden a sus competencias normativas.
11. Tanto es así que en distintos sistemas constitucionales comparados, esta exigencia jurídico-constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que originan como resultado la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, fenómeno que en doctrina constitucional se conoce como la **“inconstitucionalidad por omisión”**, ha sido recogida en diversos textos constitucionales, donde se ha habilitado un proceso específico para este fin, como es el de la **“acción de inconstitucionalidad por omisión”**. Así, ha sucedido, por ejemplo, en el caso de la Constitución de Portugal, que lo ha regulado en el artículo 283; la Constitución brasileña, que lo prescribe en el artículo 103.2; la Constitución de Venezuela, que lo contempla en el artículo 336.7; la Constitución de Ecuador, que lo recoge en el artículo 436.10; la Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, que lo regula en el artículo 73.f; la Ley XXXII, Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, que lo prevé en el artículo 1.e); y, a nivel estadual, la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina, que lo desarrolla en el artículo 207.2.d; la Constitución del Estado de Chiapas en México, donde esta figura se ubica en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

artículo 56, fracción III; la Constitución del Estado de Veracruz, también en México, que lo estipula en el artículo 65.III; la Constitución del Estado de Tlaxcala, en este mismo país, que lo recoge en el artículo 81.VI; y la Constitución del Estado de Quintana Roo, que lo regula en el artículo 105.III.

12. El reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de este instituto procesal como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas *obligaciones* que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental.
13. Como este Colegiado ya ha reconocido, para el caso de la exigencia del cumplimiento de las normas legales y los actos administrativos “el control de la **regularidad del sistema jurídico** en su integridad constituye un **principio constitucional básico** en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean **eficaces**” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 8).
14. Es en contexto de exigencia de regularidad del sistema jurídico, que no supone otra cosa que la manifestación de la fórmula del Estado de Derecho, esto es, de un poder político sujeto a normas jurídicas, (lo cual incluye, como es obvio, la efectividad o capacidad de cumplimiento de dichas normas), donde se funda el *derecho a la efectividad de las normas legales y actos administrativos*, que este Colegiado ha recogido ampliamente a través de su jurisprudencia y que ha derivado del mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución, según el cual “**El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen**”. En efecto, este Tribunal ha sostenido que: “Es sobre la base de esta última dimensión [de efectividad del ordenamiento jurídico] que, conforme a los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución, **el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos**” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 9).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

Sin embargo, en el entendido de que no puede protegerse adecuadamente un derecho fundamental o un principio constitucional sin la garantía del mecanismo procesal adecuado para su exigibilidad, el constituyente arbitró la incorporación en la Constitución de 1993 del proceso de cumplimiento con el objeto de dar fiel cumplimiento a los mandatos contenidos en las leyes o actos administrativos. Así, lo ha enfatizado este Colegiado: “Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65 del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ 9).

15. Precisamente, con base en el principio de regularidad del ordenamiento jurídico, el cual supone, como ya se dijo, la efectividad de las normas que conforman dicho sistema normativo, este Tribunal debe también reconocer la existencia de un **principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales**. Y es que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula en relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligatorio a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional.

Por otro lado, como se ha sostenido en la doctrina sobre la obligación de desarrollo normativo de la Constitución (que es una dimensión del principio más general de efectividad de las disposiciones constitucionales), en el contexto de un *Estado Social de Derecho*, que supera las clásicas restricciones del Estado liberal abstencionista, la necesidad de garantizar los objetivos de promoción del bienestar general contenidos en los textos constitucionales en forma de *derechos sociales* requiere también la garantía de operativización de estas nuevas cláusulas constitucionales, lo cual supone, en primer lugar, la emisión de las normas necesarias que fijen el marco jurídico a partir del cual se diseñará la infraestructura institucional y material capaz de satisfacer estos derechos. Así lo ha señalado explícitamente el profesor español José Julio Fernández Rodríguez, quien ha sostenido que:

“[El] dogma en la literatura y en la jurisprudencia de que el ciudadano no tiene derecho a exigir la emanación de normas jurídicas [...] es objeto de erosión por los esquemas regulativos del Estado Social y por las varias dimensiones de la vinculación de los poderes públicos por los derechos fundamentales [como son] la actualidad, la positividad y la normatividad” [FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, p. 220].



16. Ahora bien, la fundamentación de una *obligación constitucional* de desarrollo normativo de los mandatos positivos contenidos en el Texto Constitucional, tanto en consideraciones de la fuerza normativa de la Norma Fundamental como en la eficacia inherente que toda disposición jurídica debe ostentar, y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado de Derecho a la exigencia de las nuevas formas del Estado Social y de nuevos derechos fundamentales como los derechos culturales, se profundiza en contextos como los nuestros donde la renuencia de las autoridades y funcionarios a sujetarse a los mandatos de la Constitución puede originar verdaderas figuras de **“fraude a la Constitución”** o **“Constituciones nominales”**, que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes, con el riesgo que ello conlleva de proliferación de la violencia social o de propuestas políticas que descreen de la democracia y que sólo pueden terminar en la anulación de todo el sistema de libertades de las personas.

17. La obligación impuesta al legislador o a otra autoridad estatal de desarrollar la Constitución no debe, sin embargo, ser entendida como una obligación rígida o invasiva de las competencias constitucionales asignadas a los órganos de producción normativa. Por el contrario, este Tribunal entiende que el rol del legislador u otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución no es una mera labor de *órgano ejecutor* de los mandatos dispuestos por la Norma Fundamental; le cabe pues al órgano normativo un margen amplio de *configuración* de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta *discrecionalidad* en el momento en el cual realiza la labor de desarrollo normativo; sin embargo, este Tribunal también asume que dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por éste o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad.

La revalorización de los derechos fundamentales como “conquistas frente a la mayoría” o como “límites al poder político” exige, pues, asumir una postura según la cual el legislador o cualquier otra autoridad política tienen un límite en su libertad de configuración normativa de la Constitución, tanto en un sentido negativo (de respeto) como en un sentido positivo (de desarrollo normativo), lo cual supone necesariamente asignar a éste el *deber constitucional* de llevar a cabo dicho desarrollo, más aún cuando se presentan las circunstancias descritas en el párrafo anterior, como infravaloración de los derechos sociales o situaciones inconstitucionales.

18. En síntesis, como ha sido puesto de manifiesto por este Colegiado, el control de las omisiones legislativas inconstitucionales se sustenta en las siguientes razones de orden constitucional:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

“a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales” [STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 41].

19. En este marco situacional, este Colegiado aprecia con preocupación la incoherencia presente en nuestro ordenamiento jurídico, que ha habilitado un mecanismo procesal específico para lograr la efectividad de los mandatos contenidos en las leyes y en los actos administrativos, pero ha ignorado recoger un proceso que permita el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, con lo cual la eficacia de la obligación de cumplimiento de los mandatos constitucionales, específicamente de aquellos que prescriben la obligación de normar, se encuentra en el limbo de una falta de protección constitucional. Ello no quiere decir, sin embargo, que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas. Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial.

20. Es por ello que, pese a que en muchos países no se ha recogido la figura de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”, los tribunales, cortes o salas constitucionales han llevado a cabo a través de la jurisprudencia el control de dichas omisiones normativas inconstitucionales, integrando el ordenamiento de cara a solucionar el caso concreto, así como ordenando a la autoridad que corresponda la emisión de la regulación necesaria a fin de superar la situación inconstitucional producida. Concretamente y en épocas tempranas, el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia 26/1969, de 29 de enero de 1969 (*BVerfGE* 25, 167), declaró la omisión legislativa inconstitucional del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del constituyente debían ser igualados por ley a los hijos legítimos. El transcurso de 20 años sin que se expida esta ley de desarrollo constitucional fue considerado suficiente por el Tribunal para declarar la comisión de esta infracción constitucional omisiva y proceder a ordenar a los órganos administrativos correspondientes equiparar los derechos de la hija ilegítima demandante y sus hermanos, a despecho de la falta de regulación legal, y exigir al legislador federal que supere dicha omisión legislativa en el lapso de la legislatura en curso.

21. Del mismo modo, la judicatura constitucional no sólo se ha enfrentado a la situación anterior de *inconstitucionalidad por omisión absoluta*, esto es, cuando el órgano de producción normativa no ha expedido ninguna ley que desarrolle el precepto constitucional alegado, sino que también ha encarado el problema de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

inconstitucionalidad por omisión relativa, que se producen cuando la norma que ha regulado determinado precepto constitucional ha excluido arbitrariamente de su ámbito de acción a un grupo de personas determinado, infringiendo el principio de igualdad, a través de la figura de la *arbitraria exclusión de beneficios*. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha intervenido en el control constitucional de las omisiones normativas relativas, sobre todo a partir de la técnica de las *sentencias manipulativas*: 1) suprimiendo de un precepto de la Ley de la Seguridad Social la referencia de viuda, pues, a su juicio, sólo así se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, y 104/1983, de 23 de noviembre); 2) considerando nulo el inciso de un precepto del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, sobre ampliación de prestaciones en el régimen del Seguro Obligatorio de la vejez e Invalidez (SOVI), en cuanto excluye a los viudos de la posibilidad de acceso a las prestaciones del SOVI (STC 142/1990, de 20 de septiembre); 3) decidiendo la nulidad de una previsión de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido (STC 222/1992, de 11 de diciembre), y 4) declarando la nulidad de una disposición de la Ley General de la Seguridad Social, en cuanto excluye a hijos y hermanos de pensionistas de jubilación o invalidez de una pensión o subsidio por muerte del pensionista cuyo subsidio permitía cubrir las necesidades propias y las de sus familiares o asimilados, atribuyendo la pensión solamente a hijas y hermanas (STC 3/1993, de 14 de enero) [FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La justicia constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, T I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 600-601].

22. En nuestro país, el Tribunal Constitucional también ha mostrado su postura favorable a la figura de la inconstitucionalidad por omisión, en el *Caso de la hoja de coca*, donde explícita y enfáticamente ha sostenido que:

“Es verdad que la Constitución peruana de 1993 no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas [...], no obstante, para el caso nuestro, el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país. Esta colaboración ha permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad.

Ello muestra que la tesis de la división de poderes en el marco del actual desarrollo del Estado Constitucional, se complementa con el principio de colaboración de los poderes del Estado, permitiendo que también los jueces participen de la labor de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

creación de normas a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, activando la acción legislativa en determinado sentido a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales.

En este esquema metodológico, [...] el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es “constitucionalmente necesario” y no obstante no ha sido atendido por el legislador. Finalmente aquello que es “solo constitucionalmente posible” se ubica en terreno propio del legislador y por tanto puede ser atendido en la forma en que lo crea conveniente e incluso en el tiempo que lo juzgue necesario. De este modo, la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está *constitucionalmente prohibido*, así como para exigir aquello que resulta “*constitucionalmente necesario*”.

Si no fuera posible desde la jurisdicción constitucional la exigencia de determinadas acciones al legislador en sentido positivo, buena parte del modelo de garantía de los derechos no sería posible de atender, puesto que el Estado Constitucional se sustenta no sólo en un haz de posibilidades de acción negativa por parte del Estado, sino que la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, importa una serie de acciones positivas sin las cuales el modelo sería incompleto. De modo que la necesidad de que los órganos judiciales puedan activar la acción de los demás poderes, no hay que buscarla necesariamente en un mandato expreso del constituyente, en la medida que se trata de un mandato más sustancial que formal y que responde a la misma esencia del modelo de reparto de atribuciones y competencias de los poderes públicos para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales” (STC 0006-2008-PI/TC, FF.JJ. 37-41).

4.3. Adecuación del presente proceso de cumplimiento para controlar la inconstitucionalidad por omisión normativa planteada

23. Determinada entonces la obligación de cumplir los mandatos constitucionales, específicamente de desarrollar normativamente las disposiciones constitucionales que así lo demandan, y establecida también la posibilidad de control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales por parte del juez constitucional, queda preguntarse si el proceso de cumplimiento es el mecanismo procesal *adecuado* para examinar la comisión de una omisión normativa inconstitucional. En este punto, este Tribunal debe reconocer que no le corresponde dentro de las competencias que la Constitución le ha encomendado regular con carácter general la habilitación de procesos o procedimientos para hacer frente a determinadas situaciones jurídicas de la realidad. Ello obviamente es tarea del constituyente o, en su caso, del legislador democrático. Deberá ser éste, en todo caso, quien enmiende, a través de una reforma constitucional por ejemplo, la incoherencia normativa que aquí se ha señalado. Sin embargo, también es cierto que es *deber* de todo juez *impartir justicia en el caso concreto*, aun en ausencia de ley o con la deficiencia de ésta, tal y como lo ordena la propia Constitución en su artículo 139, inciso 8.

En dicho contexto, este Colegiado considera que detenerse en la no configuración del proceso de cumplimiento para controlar las omisiones normativas inconstitucionales, cuando no existe a su vez ningún otro mecanismo procesal que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

dé respuesta a la problemática jurídica planteada, sería tanto como denegar justicia constitucional, lo cual, como ya se dijo, también está prohibido por la Constitución. Ante la aparente solución distinta que muestran dos disposiciones constitucionales (la primera, que no ha previsto el control de las omisiones normativas inconstitucionales a través del proceso de cumplimiento, y la segunda, que obliga al juez a no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley) este Tribunal estima que es su deber inexcusable preferir aquella que más favorece la defensa de la Constitución, la persona y su dignidad y, por ello, aquella que mejor resguarda sus derechos fundamentales. Ello se desprende no sólo del *principio de unidad de la Constitución* al cual ha recurrido este Colegiado en constante jurisprudencia (STC 5854-2005-PA/TC, Caso Lizana Puelles, FJ. 37-39), sino del argumento mucho más fuerte, que se deriva del artículo 1 de la Constitución, según el cual el Estado y con él el sistema de administración de justicia están al servicio de la persona humana y deben buscar como fin último la protección de su dignidad y no, en sentido contrario, convertirse en un obstáculo para la tutela de los derechos fundamentales.

Y ello es así, porque precisamente en el problema constitucional aquí planteado no sólo está imbuida la obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional que tiene rango constitucional, sino que tras dicha obligación se encuentra la *garantía* de los derechos fundamentales de un grupo que goza de *especial protección constitucional* como los pueblos indígenas y que se presenta, además, como de gran relevancia constitucional, dado el delicado conflicto social que en los últimos años ha afectado nuestro país por la falta de capacidad institucional para armonizar los derechos y legítimos intereses de estas comunidades y el interés estatal también legítimo de promoción de la inversión privada. Dicho conflicto justamente vino marcado por la ausencia del mecanismo de la consulta, ordenado por el Convenio N° 169 de la OIT, y que hoy pretende hacerse cumplir a través del presente proceso de cumplimiento. En este sentido, como este Tribunal ya lo ha reconocido, el proceso de cumplimiento en muchas ocasiones se proyecta no sólo como un procedimiento destinado a dar cumplimiento a aquello que se encuentra claramente ordenado en la ley o un acto administrativo, sino que puede ser un instituto idóneo para brindar *indirectamente* tutela eficaz a un derecho fundamental que se encuentra afectado por la omisión de las autoridades competentes (STC 2002-2006-PA/TC, Caso Pablo Miguel Fabián Martínez, FF.JJ. 16-33).

24. Finalmente, es preciso tener en cuenta que la vinculación de los tratados sobre derechos humanos y con ella la sujeción plena de los Estados al orden jurídico internacional supone no sólo el reconocimiento estatal de responsabilidad internacional por violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales o el sometimiento a una jurisdicción supranacional, sino, en un plano más inmediato, la real y verdadera eficacia interna de los derechos reconocidos en el tratado internacional. En dicho contexto, este Tribunal entiende que si la finalidad de un pacto sobre derechos humanos es la ampliación del ámbito vital de los derechos reconocidos a la persona o a ciertos grupos humanos, parece claro aceptar que la vocación intrínseca de estos derechos es su plena eficacia y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

justiciabilidad en el ámbito interno. Así lo ha reconocido, para lo que aquí interesa, el Convenio N° 169 de la OIT, que en su artículo 12 ha dispuesto: “Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos”. Ello debe ser concordado a su vez con lo establecido en el artículo 37 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que dispone: “Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos”.

La necesidad de poseer recursos judiciales en el derecho nacional para reparar violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales se condice, además, con la necesidad de brindar la oportunidad al propio Estado de remediar dichas violaciones y evitar de este modo su responsabilidad internacional. En este contexto, al habilitar el presente proceso de cumplimiento para dar respuesta a una supuesta violación de los derechos reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, este Tribunal no sólo pretende cumplir la obligación internacional de proteger judicialmente los derechos consagrados en el Convenio, sino que intenta llevar a cabo una auténtica labor preventiva de la responsabilidad internacional del Estado peruano en esta materia. En efecto, como este Colegiado ya lo ha reconocido, la jurisprudencia constitucional no sólo cumple la función de concretizar los derechos consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que cumple una verdadera función preventiva de las sentencias condenatorias de la Corte IDH (STC 2730-2006-PA/TC, FJ. 13).

25. En mérito a estas consideraciones, este Tribunal concluye que el presente proceso de cumplimiento debe ser **adecuado** o **redimensionado** para dar respuesta a la pretensión planteada por la parte demandante. Ahora bien, en estricto la obligación del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el procedimiento de consulta, como las cuestiones de tierras y recursos naturales, no se encuadra dentro del supuesto de una *omisión normativa inconstitucional directa*, que es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; sino que se encuentra dentro de la categoría de *omisión normativa inconstitucional indirecta*, que es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional.

26. Ahora, si bien no existe una ley que haya desarrollado el procedimiento de consulta y, por ende, parecería que no existe, por tanto, el deber del Ministerio de Energía y Minas de emitir la reglamentación correspondiente, dicha argumentación se debe desvirtuar en razón de que el Convenio N° 169 vincula a todos los poderes públicos y no sólo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio N.º 169, deben ser consultadas.

27. Este argumento debe ser reforzado teniendo en cuenta que el propio Ministerio ha reconocido en su Informe N.º 008-2007-MEM/VMM/DGGS, su fecha 14 de mayo de 2007, obrante a fojas 43, lo siguiente:

“el Ministerio de Energía y Minas, en el desarrollo de las actividades mineras y de hidrocarburos, se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias para la protección del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que ocupan y para la plena implementación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados en forma previa, libre e informada, a fin de determinar si los intereses de dichos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de autorizar actividades de exploración o explotación de recursos existentes en sus suelos” (énfasis agregado).

§5. Responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas en la omisión normativa inconstitucional

28. Ahora bien, debe aclararse que dicho *deber de reglamentación* no puede ser entendido a la manera de un deber genérico o ilimitado que exija a la entidad demandada actuar más allá de lo que le permite la ley o la Constitución. Antes bien, este Colegiado entiende que tal exigencia debe encuadrarse necesariamente dentro del marco de las *competencias normativas sectoriales* que ostenta dicha entidad en nuestro ordenamiento jurídico.

29. A tal efecto, es necesario tener presente que el artículo 4º del Decreto Ley N.º 25962 – Ley Orgánica del Sector Energía y Minas señala que dicho sector comprende “todo lo vinculado a los recursos energéticos y mineros del país, así como las actividades destinadas al aprovechamiento de tales recursos”. De igual forma, el artículo 2º del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo N.º 031-2007-EM, señala que la finalidad de dicho Ministerio es “promover el desarrollo integral y sostenible de las actividades minero-energéticas normando y/o supervisando, según sea el caso, el cumplimiento de las políticas de alcance nacional”. Por último, el artículo 4º de dicho Reglamento establece que son funciones del Ministerio, entre otras, las siguientes:

“a. Promover la inversión en el Sector;

(...)

c. Dictar la normatividad general de alcance nacional en las materias de su competencia;

(...)

h. Otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, según corresponda, para el desarrollo de las actividades minero – energéticas de conformidad con la legislación sobre la materia;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

(...)

I. Promover el fortalecimiento de las relaciones armoniosas de las empresas del Sector Energía y Minas con la sociedad civil o población involucrada con el desarrollo de sus actividades (...)."

30. Sin embargo, y con el mismo criterio, habrá que concluirse que el *deber de reglamentación* de la entidad demandada no alcanza ni podría alcanzar a materias tales como el **derecho a la tierra y al territorio**, o el **derecho al medio ambiente y a los recursos naturales**, habida cuenta de que tales asuntos no competen ni directa ni exclusivamente al Sector Energía y Minas, razón por la cual en este extremo la demanda debe ser declarada improcedente.

31. En suma, y estando a las consideraciones expuestas, el análisis que este Tribunal efectuará en lo sucesivo se limitará a verificar el *deber de reglamentación* que corresponde satisfacer al Ministerio de Energía y Minas, en relación al derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, reconocido en el artículo 6º, inciso 2 del Convenio N° 169.

§6. Los supuestos que configuran la omisión normativa inconstitucional en el presente caso

32. Antes de entrar a analizar si es que efectivamente en el presente caso se ha producido la omisión del deber normativo del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el Convenio N° 169 de la OIT en el ámbito referido al derecho a la consulta, este Colegiado debe proceder a definir primero los supuestos en los cuales se presenta la omisión normativa inconstitucional aquí desarrollada y verificar si dichas supuestos se han cumplido en el caso de autos.

a) La existencia de un mandato constitucional de regulación normativa

33. Este primer requisito de configuración de la inconstitucionalidad por omisión normativa hace referencia a la obligación constitucional de regulación, esto es, a la exigencia que se deriva *directamente* de la Constitución de emanación de una regulación específica que atienda un mandato constitucional. Como ya se ha señalado en esta sentencia, dicha obligación se enmarca no en el campo abierto de lo *constitucionalmente posible*, es decir de aquella decisión que corresponde al legislador adoptar, y que puede tomar cuando exista una multiplicidad de medios para hacer efectiva una disposición constitucional, o cuando las disposiciones no requieran desarrollo legislativo para ser directamente aplicables (derechos civiles y políticos de eficacia directa); sino que se encuentra dentro del marco más específico de lo *constitucionalmente necesario*, es decir, dentro de aquella obligación impuesta por la Constitución de desarrollar normativamente un precepto constitucional con el objeto de lograr su plena eficacia. En esta categoría pueden ubicarse aquellos mandatos constitucionales que establecen "encargos directos de legislar", o mandatos que suponen indefectiblemente la necesidad de legislación para poder ser efectivos, como sucede por ejemplo en el supuesto de las normas que contienen derechos sociales prestacionales y que comúnmente se conocen como cláusulas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

programáticas. Sin embargo, como ha quedado claro en la doctrina, la sola referencia a la necesidad de legislar para hacer efectivo un mandato constitucional no es suficiente para producirse la inconstitucionalidad por omisión, sino que es imprescindible que dicha necesidad esté referida a un *ámbito específico* claramente identificable. Así por ejemplo, las normas que adscriben fines de política en general, como puede ser “el logro del bienestar social” no identifican cuáles son los ámbitos específicos en los que se debe legislar, por lo que en este caso no se configura el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión.

34. En el presente caso, es necesario verificar si sobre la entidad demandada recae la obligación directa (y no discrecional) de emitir la normativa correspondiente para dar eficacia a los derechos reconocidos en el Convenio N° 169. Al respecto, cabe señalar que, si bien el Convenio N° 169 establece que los gobiernos deberán tomar medidas que aseguren a los miembros de los pueblos interesados “gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población” (artículo 2, numeral 2, inciso a), es necesario reconocer que dicho tratado internacional no contiene una norma explícita que obligue a las entidades del Estado a emitir normas conducentes a efectivizar los derechos reconocidos por aquél.

35. No obstante ello, este Tribunal encuentra que la obligación del Estado de adoptar *medidas de derecho interno* para efectivizar los derechos establecidos en un tratado de derechos humanos no es un deber cuya fuente tenga que buscarse en un artículo expreso de ese mismo tratado. En primer lugar, porque sería errado sostener que un tratado de derechos humanos directamente aplicable y vinculante para un Estado Parte tolera al mismo tiempo su inoperancia fruto de la no regulación a nivel interno de los derechos en él reconocidos. Y en segundo lugar, porque una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio *pro homine*, es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos por aquél reconocidos. Es por esta razón que, en la doctrina, se ha señalado que los tratados de derechos humanos, a diferencia de los tratados ordinarios, prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente, habida cuenta de que en dichos tratados existe un predominio de consideraciones de interés general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de las Parte Contratantes. En mérito a ello, se considera que los tratados de derechos humanos requieren una interpretación objetiva de sus dispositivos, dado el referido carácter esencialmente objetivo de las obligaciones que ellos imponen a los Estados Partes (CANÇADO TRINDADE, Antonio: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 22-23).

36. En dicho contexto, es necesario advertir la existencia de importantes instrumentos internacionales, algunos vinculantes y otros ilustrativos, de cuya interpretación se puede colegir que el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

derecho interno (entre ellas, normas legales e infralegales) con la finalidad de dar eficacia a los derechos reconocidos en los pactos internacionales. Esos instrumentos son los siguientes:

- **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El artículo 38º de esta declaración señala expresamente:

“[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas las medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración”.

- **Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP)**, adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978. El artículo 2, inciso 2 de este Pacto señala:

“[c]ada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**, adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978. El artículo 2, inciso 1 de este tratado señala:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

- **Observación General N.º 03 del Comité DESC**, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada por dicho órgano en su Quinto Período de Sesiones (1990).- En esta Observación, el Comité DESC interpreta que si bien el PIDESC contempla la realización “paulatina” de los derechos sociales y culturales, ello no enerva la existencia de *obligaciones de efecto inmediato*, entre las cuales se encuentra aquella de “adoptar medidas” dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. En este punto, el Comité destaca que “en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos casos pueden ser incluso indispensables”.

- **Observación General N.º 09 del Comité DESC**, sobre la aplicación interna del Pacto, adoptada por dicho órgano en su Décimo Noveno Período de Sesiones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

(1998).- En esta Observación, el Comité interpreta que los Estados Partes tienen el deber de dar efectividad a los derechos reconocidos en el PIDESC. Es particularmente esclarecedor el considerando N.º 5 de este documento, en el cual se señala:

“[e]l Pacto no estipula los medios concretos que pueden utilizarse para aplicarlo en el ordenamiento jurídico nacional. Además, no existe ninguna disposición que obligue a su incorporación general a la legislación nacional o que se le conceda un valor jurídico determinado en ella. Si bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”.

Asimismo, en el considerando N.º 8 de esta Observación, se indica lo siguiente:

“(…) aunque el Pacto no obligue formalmente a los Estados a incorporar sus disposiciones a la legislación interna, esta solución es aconsejable. La incorporación directa evita los problemas que podrían derivarse de la traducción de las obligaciones del tratado para incluirlas en la legislación nacional, y permite a los interesados invocar directamente los derechos reconocidos en el Pacto ante los tribunales nacionales. Por estas razones, el Comité recomienda firmemente la adopción formal del Pacto o su incorporación a la legislación nacional”.

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)**, adoptada el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Estado Peruano el 12 de julio de 1978.- El artículo 2º de este tratado señala:

“Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

- **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, “Protocolo de San Salvador” (PSS), adoptado el 17 de noviembre de 1988, ratificado por el Estado Peruano el 17 de mayo de 1995.- En sentido similar al establecido en la CADH, en el artículo 2 de este Protocolo se señala:

“Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

37. A la luz de estas disposiciones, se advierte que el Estado peruano, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos. La adopción de tales medidas, en consecuencia, son un complemento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los tratados internacionales sobre derechos humanos.
38. Con todo, este Tribunal desea aclarar, en primer lugar, que cuando los citados instrumentos internacionales señalan que el obligado a adoptar tales medidas es “el Estado”, debe entenderse que tal deber alcanza a todos los poderes públicos que forman dicha entidad, habida cuenta que los tratados de derechos humanos vinculan a todos ellos por igual. Siendo ello así, resulta obvio que la entidad demandada en el presente caso también se encuentra obligada a cumplir dicha obligación, dentro del marco de sus competencias.
39. Por otro lado, debe advertirse también que el carácter *necesario* o *indispensable* que, según los citados instrumentos, revisten algunas medidas legislativas para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en los pactos internacionales, se encuentra plenamente configurado en el presente caso, y ello no sólo desde la consideración abstracta de la necesidad interna de *regular* “los procedimientos apropiados para consultar a los pueblos indígenas”, sino desde la atención más concreta al permanente escenario de conflicto social originado entre otras cosas, como ya se expresó, por la falta de implementación del procedimiento adecuado para establecer el diálogo institucional con los pueblos indígenas en nuestro país. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el reciente Reporte de Conflictos Sociales N.º 75, elaborado por la Defensoría del Pueblo, actualizado al 31 de mayo del 2010, señala que del total de 255 conflictos sociales existentes en nuestro país, 132 son casos de tipo socioambiental (es decir, el 51.8%), muchos de los cuales, como es de conocimiento público, tienen entre sus protagonistas a pueblos indígenas. Tal situación demuestra, a criterio de este Tribunal, que la falta de regulación o inercia reglamentaria, sobre todo en el sector que compromete al Ministerio demandado, viene ocasionando un estado latente de inseguridad jurídica que pone en estado de desprotección no sólo los derechos de los pueblos indígenas, sino que afecta negativamente la sostenibilidad y seguridad de las inversiones. En este contexto es que debe concluirse que la obligación de regulación interna del procedimiento de consulta se ubica dentro de lo *constitucionalmente necesario* y, por ende, debe ser objeto de regulación legal general o, en su defecto, de regulación reglamentaria en el ámbito específico de las competencias del Ministerio de Energía y Minas.
40. A mayor abundamiento, este Tribunal debe recordar que ha sido el propio Poder Ejecutivo a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, en su escrito de contestación de fecha 19 de octubre de 2009, ingresado en el expediente N.º 0022-2009-PI/TC, quien ha reconocido la “necesidad” de desarrollar normativamente el derecho de consulta recogido en el Convenio N.º 169 de la OIT a efectos de poder invocar o exigir judicialmente su cumplimiento. Así,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

como un argumento para sostener la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1089, el Procurador sostuvo que éste no podía ser objeto de consulta a los pueblos indígenas, puesto que no se había establecido por ley “cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo qué procedimiento se producirá la consulta”. Si bien este Colegiado respondió a dicho argumento sosteniendo que la falta de regulación normativa no era excusa para no aplicar el Convenio y que cabía en todo caso al juez determinar, de cara a las circunstancias del caso concreto, los contenidos del derecho a la consulta (STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 11-13); resulta obvio para este Tribunal, de acuerdo a una *interpretación de buena fe* de los compromisos asumidos por el Estado en el ámbito internacional, que el propio Poder Ejecutivo asume como *inexcusable* el deber de regular el derecho a la consulta para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio. En este contexto, no podría argüirse, sin renunciar a la más elemental racionalidad y coherencia, que el Estado no se encuentra obligado a realizar la consulta por carecer de ley de desarrollo para ello y que, sin embargo, no pesa sobre él la más imperiosa y urgente necesidad de llevar a cabo dicho desarrollo normativo.

Si bien parecería que el Ejecutivo asume que dicha regulación debería venir desde el órgano inicialmente designado para ello como es el Parlamento; como también ya hemos puesto de relieve en el fundamento 27 de la presente sentencia, el propio Ministerio de Energía y Minas ha internalizado como su deber el hecho de desarrollar reglamentariamente el derecho a la consulta, por lo que en este punto sólo cabe concluir que el deber de desarrollo normativo, específicamente de reglamentación del derecho a la consulta no sólo viene exigido por el Convenio, sino que el propio Estado peruano, específicamente el Ministerio demandado, lo ha reconocido así.

Además, si bien puede resultar necesaria una definición legal de los aspectos de la consulta resaltados por el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Poder Ejecutivo, en especial los atinentes a los beneficiarios, los temas materia de consulta y el procedimiento, dichos aspectos ya han sido desarrollados en la jurisprudencia de este Colegiado, por lo que el Ministerio demandado cuenta con los elementos mínimos para llevar adelante la reglamentación exigida (STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 19-41).

41. Establecida, por tanto, la obligación de la entidad demandada de reglamentar el derecho a la consulta en los términos previstos en el Convenio N° 169, resta finalmente precisar si el contenido de esta obligación es lo suficientemente claro y concreto en torno a la acción que la entidad demandada debe desplegar para dar cumplimiento a dicho deber, o si, por el contrario, tal deber es incierto o genérico. A consideración de este Tribunal, dicho aspecto no presenta mayor problema, pues resulta obvio que la acción demandada no es otra que la emisión del correspondiente reglamento que especifique concretamente los principios y el procedimiento aplicable al derecho a la consulta previa, respetando los contenidos mínimos que establece el Convenio N° 169 de la OIT. Ello resulta aún más claro desde que el propio Convenio ha *especificado* como un ámbito especial donde debe llevarse a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cabo el procedimiento de consulta aquel donde los pueblos indígenas puedan verse afectados como consecuencia de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus tierras, ámbito de actuación que se encuentra bajo la competencia funcional del Ministerio de Energía y Minas demandado. Así, el artículo 15 del Convenio N.º 169 ha establecido: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (énfasis agregado).

b) Transcurso de un periodo de tiempo razonable

42. Este elemento de la inconstitucionalidad por omisión normativa supone el lapso de tiempo transcurrido en exceso entre el momento en que se asume la obligación de desarrollar normativamente la disposición constitucional (que es el momento mismo en que se dicta la norma constitucional) y el momento en que debe cumplirse la obligación de llevar a cabo dicho desarrollo normativo. Ahora, en el caso de que la propia Constitución establezca un plazo para emitir la norma de desarrollo constitucional correspondiente, se entenderá que la omisión se produce culminado dicho plazo sin haberse llevado a cabo la emisión de la norma correspondiente. Este criterio, sin embargo, puede relativizarse en algunos casos, atendiendo a las circunstancias concretas.

Por el contrario, cuando la Constitución no haya establecido el período de tiempo en el cual deba emitirse la norma de desarrollo constitucional, queda a la apreciación del juez constitucional establecer el exceso del tiempo transcurrido, para lo cual deberá tener en cuenta, como este Colegiado ya lo ha precisado, la apreciación de la doctrina del *plazo razonable* (STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 45). Para la apreciación de dicho plazo razonable puede aplicarse además, en lo que fuera pertinente, la doctrina establecida en la STC 1680-2009-PHC/TC, caso Antauro Humala Tasso, FF.JJ. 5-9, y la STC 7624-2005-PHC/TC, Caso Hernán Buitrón Rodríguez, FF.JJ. 6-19. En todo caso, la determinación de la razonabilidad del tiempo transcurrido debe atender a los resultados inconstitucionales que dicha omisión pueda ir ocasionando en el tiempo y que haga cada vez más indispensable la emanación de la norma de desarrollo constitucional.

43. En el presente caso, como ya lo puso en evidencia este Colegiado en el caso Tuanama (STC 0022-2009-PI/TC, FJ. 11), han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (el Estado peruano aprobó el Convenio 169 de la OIT a través de la Resolución Legislativa N.º 26253, del 2 de diciembre de 1994, entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995), tiempo que este Tribunal considera suficiente para que se haya desarrollado, en este caso desde el Ministerio de Energía y Minas, una normativa específica que reglamente el procedimiento necesario para llevar a cabo, de modo adecuado, el derecho a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

consulta previa, máxime si como se ha venido apuntando hasta aquí, dicha ausencia normativa ha ocasionado y vienen ocasionando un delicado conflicto social en nuestro país.

c) Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional

44. Por último, para que el juez constitucional declare la inconstitucionalidad de la omisión normativa es necesario que esta omisión se concrete en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser en el caso de la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo.

45. En el caso de autos, este Tribunal considera que la ausencia de una apropiada *interpositio legislatoris* en el tema del derecho a la consulta previa e informada ha minusvalorado considerablemente los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país y ha desencadenado no pocos conflictos sociales con saldos más que lamentables. Es preciso recordar, en este punto, que en el momento más álgido del conflicto sucedido en la localidad de Bagua, los pueblos indígenas de la Amazonía enarbolaron como uno de sus principales reclamos la derogación de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, justificados en la ausencia del procedimiento de consulta previa que no se había seguido al promulgar estos decretos. Así, de acuerdo al Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua *Ajumaish Junikchamu Ati* (Para que nunca más vuelva a suceder), presentado con fecha 21 de diciembre de 2009, el reclamo por el derecho a la consulta estuvo presente en los siguientes hechos:

- El 26 de junio de 2008 se publica el D. Leg. 1073, que modifica el literal B del artículo décimo, especificando sobre el número de miembros necesarios para la toma de decisiones de las comunidades campesinas y nativas sobre sus tierras. La Defensoría considera que la modificación no resuelve el problema de inconstitucionalidad de las normas pues modifica el régimen de disposición de tierras de las comunidades sin haberles **consultado**. De esta manera se ha contravenido el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT.
- El 28 de junio de 2008 se promulga el D. Leg. 1090 o “Ley de la Selva”. En la citada norma las concesiones son otorgadas a los empresarios por plazos renovables de 40 años, sin embargo, en ninguna parte se señala que éstas estén circunscritas a determinadas zonas de manejo de superficie forestal. No se considera la **consulta** a los pueblos indígenas que viven en la zona concesionada. En el artículo 10, correspondiente a permisos y autorizaciones, no se señala la **consulta** que debe realizarse a los pueblos indígenas.
- El 19 de febrero de 2009 la OIT hace una observación al Gobierno peruano donde insta, entre otras cosas, a cumplir el Convenio 169 **consultando** a los pueblos indígenas sobre su territorio tal y como lo refieren los artículos 6 y 17 del Convenio 169.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESEP)

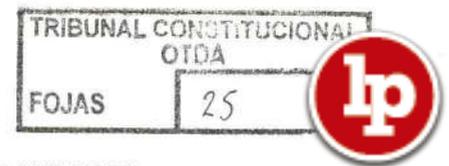
- El 26 de febrero de 2009 en Pucallpa se organiza una marcha de AIDSESEP y madereros pidiendo la derogación del Decreto 1090 por falta de **consulta**.
- El 23 de marzo de 2009 el Presidente de la República suscribe el Decreto Supremo de la Creación de la Mesa de Diálogo, integrado por CONAP y otras instituciones indígenas. Se formaliza la Mesa de Diálogo del Ejecutivo con CONAP. La Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI), la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP), la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, la Asociación Paz y Esperanza, el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), CARE PERÚ, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui, Instituto del Bien Común (IBC), Oxfam América, Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), solicitaron al Estado peruano “promulgar, en consulta con los pueblos indígenas, una **ley marco de participación y consulta clara y acorde a las normas internacionales**; y una ley marco de pueblos indígenas en donde se incorpore la definición de pueblos indígenas dada por la mesa multisectorial”.
- El 21 de abril de 2009 se calcula en Atalaya unos 2000 indígenas piro-yine y asháninkas, que marchan pidiendo la derogación de los decretos y el **derecho a la consulta** del Convenio 169. La población civil está atemorizada, la policía no puede evitar la movilización.
- El 5 de mayo de 2009 los Obispos de la Amazonía; vale decir, los Obispos de Yurimaguas, San José de Amazonas, Jaén, San Ramón, Pucallpa, Puerto Maldonado, Iquitos y Requena, emiten un pronunciamiento a favor de la derogatoria de los decretos y declaran el **derecho a la consulta** de las poblaciones indígenas.

46. La relación de estos hechos, suscitados durante el Conflicto de Bagua, da cuenta, pues, no sólo de la protesta de los pueblos indígenas contra la aprobación de determinadas medidas legislativas implementadas sin la consulta previa e informada exigida por el Convenio 169; sino de la exigencia misma, de parte de estas comunidades, de que se implemente legislativamente lo dispuesto por el Convenio 169 en relación a la consulta, esto es, la exigencia de que se respete un derecho fundamental reconocido a los pueblos indígenas en un tratado internacional. No era pues un reclamo sólo en cuanto a la *legitimidad formal* de las medidas legislativas dispuestas por el Poder Ejecutivo, sino en cuanto a la *legitimidad material* de la actuación general del Estado que no generaba los cauces institucionales exigidos por el Convenio para escuchar el parecer y la voz de las comunidades indígenas. Esta ausencia de desarrollo normativo del mecanismo de la consulta ocasionó pues, en los hechos, el desconocimiento e ineficacia absoluta de este derecho, produciéndose el *resultado inconstitucional* aquí aludido.

47. Este Colegiado debe invocar aquí la alta responsabilidad de las instituciones del Estado involucradas en los hechos ocurridos el 4 y el 5 de junio del pasado año en la localidad de Bagua, y recordar que no puede admitirse nuevamente bajo contexto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

alguno que un conflicto social de esta dimensión escale al punto de violencia al que llegó, por el hecho de no haberse implementado un derecho fundamental recogido en un tratado internacional, que no requería de grandes esfuerzos para el Estado, ni de la habilitación de grandes recursos económicos para su plena operativización. No pueden olvidar las autoridades estatales que sus decisiones, en el marco del Estado Constitucional, sólo se legitiman en la medida que respeten el ámbito de garantías ius-fundamentales que la Constitución ha establecido o que se han reconocido en tratados internacionales sobre derechos humanos, como en el caso de autos.

48. A este respecto, finalmente este Colegiado debe recordar el reciente Reporte de Conflictos Sociales, antes aludido, en el cual se da cuenta de la existencia de varios conflictos socio-ambientales que tienen entre sus protagonistas a varios pueblos indígenas y que requieren, por lo mismo, de la pronta actuación normativa e institucional de la entidad demandada, en lo relativo a la implementación del derecho a la consulta:

- Caso Distrito de Santa María de Nieva, Provincia de Condorcanqui, Amazonas: la Coordinadora de los Pueblos Amazónicos y algunas comunidades de Santa María de Nieva se oponen al contrato de concesión 116 de la empresa Maurel Et Prom Perú SAC (antes otorgado a empresa Hocol Perú) por temor a una posible contaminación y por no haberse realizado consulta previa. Otras organizaciones indígenas por el contrario, aceptan la presencia de la empresa.
- Caso Distritos Río Tambo, Pangoa, Mazamari, Provincia de Satipo, Junín: la Central Asháninka de Río Ene (CARE) denuncia que la concesión para el proyecto de la Central Hidroeléctrica Paquizapango no ha sido consultada a las comunidades ashaninkas a pesar que serían directamente afectadas.
- Caso Cuencas de los ríos Napo y Putumayo, distrito de Putumayo, Provincia de Maynas, Loreto: la Central Asháninka de Río Ene (CARE) denuncia que la concesión para el proyecto de la Central Hidroeléctrica Paquizapango no ha sido consultada a las comunidades ashaninkas a pesar que serían directamente afectadas.
- Caso Comunidad Nativa Matsés, Distrito Yaquerana, Provincia de Requena, Loreto: los pobladores de la Comunidad Nativa Matsés y sus 14 anexos, ubicados entre las cuencas de los ríos Yaquerana y José Gálvez, rechazan la exploración de hidrocarburos en los lotes petroleros 135, 137, 142 y 152 situados en su territorio, pues afirman no haber sido consultados.
- Caso Cuencas de los ríos Napo y Putumayo, Distrito de Putumayo, Provincia de Maynas, Loreto: federaciones indígenas Secoya (Airo Pai) y Kichwa del Alto Putumayo, ubicadas en la frontera con Ecuador y Colombia, se oponen al ingreso de Petrobras, que busca explotar yacimientos petroleros en el lote 117. Señalan que no han sido consultados antes de la concesión del lote y que éste se superpone a la Zona Reservada Güeppí y a las Reservas de Napo Tigre y Napo Curaray en proceso de creación.
- Caso Provincias de Moho, San Antonio de Putina, Azángaro, Chucuito, Yunguyo, El Collao y Puto, Departamento de Puno: los pobladores de estas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

provincias solicitan la nulidad de las contrataciones de los lotes 155 y 156 (Concesión de la Hidroeléctrica de Inambari) porque afectarían el medio ambiente y podrían contaminar el Lago Titicaca; señalan también que se afectarían sus actividades agropecuarias y que no se están contemplando beneficios para las comunidades afectadas.

- Caso Provincias del Manu, Tambopata, Paucartambo y Quispicanchi (Reserva Comunal Amarakaeri), Cuzco – Madre de Dios: Comunidades Nativas que viven alrededor de la Reserva Comunal Amarakaeri, beneficiarias del Ejecutor del Contrato de Administración (ECA), rechazan el ingreso de la empresa Hunt Oil Company (lote 76) a sus territorios ancestrales por no haberse respetado su derecho de consulta; señalan también que se estaría poniendo en riesgo la Reserva.

§7. Análisis del deber de reglamentación del Ministerio de Energía y Minas en relación al derecho a la consulta

49. Luego de haber establecido en el punto anterior la existencia, en el presente caso, de los supuestos que dan cuenta de la omisión normativa inconstitucional, toca como último punto de examen analizar si efectivamente el Ministerio de Energía y Minas ha cumplido su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas contenido en el Convenio N° 169 de la OIT, y ello porque, conforme veremos en este acápite, el Ministerio ha alegado el cumplimiento de este deber a través de la emisión de una serie de normas destinadas a efectivizar lo dispuesto por el tratado internacional.

50. En primer lugar, se advierte que, en su escrito de contestación a la demanda, de fecha 17 de septiembre de 2008 (obrante a fojas 364), el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Energía y Minas ha invocado una serie de normas infralegales que han sido emitidas por dicho sector, lo que a su criterio demostraría que la entidad demandada ha implementado satisfactoriamente el derecho a la consulta reconocido en el Convenio N° 169, en las materias propias de su competencia. Tales normas son las siguientes:

- En el subsector Minería:
 - **Decreto Supremo N.º 020-2008-EM**, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en Actividades Mineras (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1 de abril de 2008).
 - **Decreto Supremo N.º 071-2006-EM**, que crea el Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21 de diciembre de 2006; modificado por Decreto Supremo N.º 033-2007-EM).
- En el subsector Hidrocarburos:
 - **Decreto Supremo N.º 012-2008-EM**, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de febrero de 2008).
 - **Decreto Supremo N.º 015-2006-EM**, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de marzo de 2006).



51. Por su parte, en su escrito de fecha 31 de octubre de 2009 (obrante a fojas 520), la Asociación recurrente manifiesta que las normas invocadas por la parte demandada no logran satisfacer el mandato contenido en el Convenio N° 169 en relación al derecho a la consulta, y en ese sentido expresa lo siguiente:

“(…) la demandada pretende presentar varias normas de naturaleza general, es decir aplicable para toda la población en conjunto y no de manera especial a los pueblos indígenas lo cual contraviene el artículo 4º de dicha norma internacional que prevé que las medidas que los gobiernos deben adoptar en relación a los pueblos indígenas deben ser especiales y no contrarias a la voluntad de estos pueblos (...) dichas normas no contemplan la consulta previa a que hace referencia el convenio 169 de la OIT cuya aplicación se exige se cumpla con la presente demanda sino que aparte de tratarse de normas generales y no especiales para pueblos indígenas, están referidas a informaciones – comunicaciones que se brindan a la población, lo cual dista de lo que es una consulta”.

52. Llegados a este punto, este Tribunal considera que en el presente caso no se ha configurado un supuesto de incumplimiento total del deber de reglamentación por parte del Ministerio de Energía y Minas, pues como ha quedado acreditado en autos, dicha entidad ha emitido alguna normativa infralegal con el fin de implementar el derecho a la consulta en las materias propias de su sector.

53. Sin embargo, es igualmente cierto que el deber de reglamentación no se satisface con la mera emisión de la normativa infralegal propiamente dicha, sino que también se requiere que dicha normativa se adecue al contenido sustancial del derecho a la consulta, tal y como se encuentra regulado en el Convenio N° 169. De esta manera, la entidad demandada no habría incurrido en un supuesto de incumplimiento total, pero sí en un supuesto incumplimiento parcial o de reglamentación insuficiente o defectuosa, lo cual debe ser igualmente corregido. Y es que como la doctrina constitucional ha reconocido, la comisión de la omisión normativa inconstitucional no sólo puede ser de carácter *total*, cuando no se ha llevado a cabo ningún desarrollo normativo que cumpla el mandato constitucional, sino que también puede presentarse una omisión normativa inconstitucional *parcial*, cuando aún existiendo una normativa, ésta no ha llegado a *completar* aquello que está ordenado por la Constitución, supuesto en el cual es irrelevante si dicho incumplimiento parcial se ha producido por una errónea interpretación de la norma constitucional, una deficiente valoración de las circunstancias de hecho, la exclusión arbitraria de un grupo que debió estar incluido en la regulación o la expresa decisión de la autoridad de no completar el mandato impuesto por la Carta Fundamental [FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La justicia constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, T I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 600-601].

54. En ese sentido, este Tribunal considera relevante verificar si los reglamentos emitidos por la entidad demandada en el marco de sus competencias satisfacen o no el contenido del derecho a la consulta consagrado en el Convenio N° 169. Para ello, será necesario establecer en primer lugar cuáles son los principios y reglas que el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

citado Convenio establece en esta materia, así como también la interpretación que al respecto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo lugar, se comparará estos principios o contenidos mínimos con la normativa infralegal emitida por la entidad demandada y así, por último, se establecerá si ésta se condice con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta.

a) El derecho a la consulta previa e informada, a partir de lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

55. El derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas se encuentra regulado genéricamente en el artículo 6º, incisos 1 y 2, del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan de forma expresa lo siguiente:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(...)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

56. De otro lado, el artículo 15º del citado Convenio, para los fines de la responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas que aquí interesa, regula, en su inciso 2, una aplicación específica del derecho a la consulta tratándose de proyectos de prospección y explotación de recursos naturales que pudieran perjudicar a los pueblos indígenas. Dicho artículo se expresa en los siguientes términos:

“Artículo 15

(...)

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

57. Como se puede apreciar, el derecho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado no se contraponga, sino que, antes bien, armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo.

- 58. Sin embargo, tal como lo señala el propio Convenio, para que dichas finalidades puedan plasmarse en la realidad se requiere que el procedimiento mismo de la consulta satisfaga algunos presupuestos básicos que permitan configurarlo como un verdadero proceso dialógico orientado hacia la gestación de acuerdos bienintencionados entre las partes. En ese sentido, resulta imperioso que la consulta se encuentre precedida por una etapa de información y diálogo, la cual debe estar presidida por principios tales como la buena fe o la transparencia, de modo tal que se creen las condiciones mínimas necesarias para llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural.
- 59. Sobre este aspecto, resulta particularmente esclarecedora la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* ha resumido el contenido del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en los siguientes términos:

“(…) al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (…) Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones” [Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, del 28 de noviembre de 2007, considerando 133].

- 60. En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, este Tribunal estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169, en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son las siguientes:

- a) La observancia del principio de buena fe. Al respecto, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27)**.

- b) La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera “apropiada a las circunstancias”, razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31)**.
- c) El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33)**.
- d) La transparencia. En tal sentido, es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas. De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35)**.
- e) La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede admitir ciertas excepciones a la luz de los hechos concretos **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36)**.
- f) El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: 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 arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37)**.
- g) Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas, y en ese sentido, ha sugerido la conformación de la siguiente secuencia fáctica:

- ✓ En primer lugar, el inicio del proceso debe ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a un pueblo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

indígena, tarea que debe ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida.

- ✓ En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- ✓ En tercero lugar, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha.
- ✓ En cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación.
- ✓ De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visibles los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo afectado (**STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41**).

b) La normativa infralegal emitida por el Ministerio de Energía y Minas que implementa el derecho a la consulta de los pueblos indígenas: estado de la cuestión

61. Pues bien, teniendo en cuenta lo establecido en los párrafos precedentes, toca ahora examinar la normativa que hasta este momento ha emitido el Ministerio de Energía y Minas para dar cumplimiento al derecho a la consulta previsto en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169. A tal efecto, se tomará en cuenta las normas que han sido alegadas por la entidad demanda (tanto en su contestación a la demanda como en los informes legales presentados), así como también aquellas otras normas que se han emitido posteriormente. Resumimos dicho tratamiento normativo en el siguiente cuadro:

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA (arts. 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT)	
Norma interna	Descripción
Decreto Supremo N.º 042-2003-EM , que modifica el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N.º 018-92-EM (12 de	<ul style="list-style-type: none"> • Establece el llamado “Compromiso Previo en forma de Declaración Jurada del peticionario”, mediante el cual éste se compromete, entre otras cosas, a “2)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

<p>diciembre de 2003)</p>	<p><i>actuar con respeto frente a las instituciones, autoridades, cultura y costumbres locales, manteniendo una relación propicia con la población en el área de influencia de la operación minera”.</i></p>
<p>Resolución Ministerial N.º 535-2004-MEM/DM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales (30 de diciembre de 2004) (*)</p> <p>(*) Derogada por el Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, en lo correspondiente al subsector hidrocarburos</p>	<ul style="list-style-type: none">• En su artículo 4º, regula los llamados “talleres informativos”, que son convocados por la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas (DGAAE), en coordinación con el responsable del proyecto y la Autoridad Regional del lugar en donde se pretende desarrollar el proyecto energético, que serán realizados dependiendo de la magnitud e importancia del proyecto.• La organización de los talleres está a cargo del Estado y del responsable del proyecto, y se llevan a cabo en las siguientes etapas:<ul style="list-style-type: none">- Antes de la elaboración de los estudios ambientales.- Se señala que los talleres informativos se realizarán en las zonas de influencia más próximas del proyecto. El Estado podrá convocar y realizar los talleres dirigidos a la ciudadanía, informando acerca de sus derechos y deberes, normatividad ambiental y las nuevas tecnologías a desarrollar en los proyectos. El responsable del proyecto explica a las autoridades los componentes del estudio ambiental, especialmente los posibles impactos sociales, culturales y ambientales, así como los planes de manejo ambiental y social para el control de tales impactos, recogiendo los aportes e interrogantes de los mismos.- Durante la elaboración de los estudios ambientales.- Se señala que el responsable del proyecto, conjuntamente con el Estado a través de la DGAAE y la respectiva Dirección Regional de Energía y Minas (DREM), difundirá la información sobre el proyecto y los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

	<p>avances en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, recogiendo los aportes e interrogantes de la ciudadanía.-</p> <ul style="list-style-type: none">- Presentado los estudios ambientales al Ministerio de Energía y Minas.- En este punto, se señala que el responsable del proyecto, a pedido de la DGAAE, realizará talleres informativos, con el objeto de difundir los alcances del estudio ambiental a las autoridades sectoriales, regionales y a la ciudadanía en general, dentro del proceso de participación ciudadana y transparencia.• Asimismo, se señala que la DGAAE, en coordinación con la DREM respectiva, determinará el número de talleres, en función de la envergadura del proyecto energético y de su incidencia territorial. Los talleres podrán estar a cargo de la Autoridad Regional, de la DGAAE o responsable del proyecto, así como por la entidad que elaboró el estudio ambiental.• Finalmente, en sus artículos 5º y siguientes, se señala que una vez ingresado el estudio ambiental al Ministerio de Energía y Minas, la autoridad competente establecerá el lugar, día y hora para su sustentación en la Audiencia Pública correspondiente. La Audiencia Pública consiste en un acto público a cargo de la DGAAE o la DREM, en la cual se realiza la presentación del estudio ambiental a la ciudadanía, registrándose la participación de la sociedad en su conjunto
<p>Decreto Supremo N.º 015-2006-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos (02 de marzo de 2006)</p>	<ul style="list-style-type: none">• En su Segunda Disposición Final, indica que “compete a PERUPETRO informar a la población de las áreas en las cuales se esté negociando la suscripción de un contrato de exploración y/o explotación, sobre las acciones que viene realizando al respecto. Así como una vez firmado el contrato, PERUPETRO deberá informar dicho hecho y presentar oficialmente a la otra parte contratante, con la finalidad de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

	<p>no transgredir el derecho de la población de ser informada; para lo cual establecerá sus procedimientos respectivos”.</p>
<p>Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos (20 de febrero de 2008)</p>	<ul style="list-style-type: none">• En el artículo II, numeral 2.1, de su Título Preliminar, se señala que la consulta es una forma de participación ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de hidrocarburos podrían verse afectados, a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas respecto a los posibles impactos sociales, económicos, ambientales y culturales que podrían generarse a partir de su elaboración y/o ejecución.• Asimismo, en el numeral 2.2. del mismo artículo, se señala que dicho proceso está orientado a informar y recoger las medidas que objetiva y técnicamente permitan evitar o mitigar impactos ambientales y sociales negativos, así como identificar y recoger las iniciativas, sugerencias y aportes para potenciar o maximizar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto.• Asimismo, el artículo VI señala que la participación se realizará en tres oportunidades:<ul style="list-style-type: none">- Participación derivada de la negociación o concurso de los contratos de exploración y/o explotación de hidrocarburos (a cargo de PERUPETRO S.A.)- Participación durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales (a cargo de los titulares del proyecto, con o sin participación de la DGAAE)- Participación ciudadana posterior a la aprobación de los Estudios Ambientales, que se desarrollará durante todo el ciclo de vida del proyecto.



<p>Decreto Supremo N.º 020-2008-EM, que aprueba el Reglamento Ambiental para las actividades de Exploración Minera (01 de abril de 2008)</p>	<ul style="list-style-type: none">• En su artículo 8º, señala que la participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales de las actividades de exploración minera se rige por lo dispuesto en la Resolución Ministerial N.º 596-2002-EM/DM^(*), que aprobó el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, así como por sus normas modificatorias o sustitutorias, según sea el caso. <p>(*) Derogada por el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 028-2008-EM, sin perjuicio de lo señalado en su Segunda Disposición Transitoria</p>
<p>Decreto Supremo N.º 028-2008-EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero (27 de mayo de 2008)</p>	<ul style="list-style-type: none">• En su artículo 3º, se señala que la participación ciudadana es un proceso público, dinámico y flexible que tiene por finalidad <u>poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada</u> respecto de las actividades mineras proyectadas o en ejecución; promover el diálogo y la construcción de consensos; y conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones o aportes respecto de las actividades mineras para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo.• Por su parte, el artículo 4º señala que el derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio N.º 169 de la OIT, se ejerce y se implementa en el subsector minero a través de la participación ciudadana que se regula en este Reglamento, la cual se deberá efectuar de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad mineras, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

	<p>en qué medida.</p> <ul style="list-style-type: none">• Dicho artículo señala también que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 numeral 72.2 de la Ley General del Ambiente N° 28611, el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de las comunidades, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia. Finalmente, destaca que la consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad.• Finalmente, el Título II de este Reglamento se divide en los siguientes capítulos:<ul style="list-style-type: none">- Capítulo 1: Participación ciudadana con posteridad al otorgamiento de la concesión minera- Capítulo 2: Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera- Capítulo 3: Participación ciudadana en los proyectos de explotación y beneficio- Capítulo 4: Participación ciudadana durante la ejecución del proyecto minero- Capítulo 5: Participación ciudadana en la etapa de cierre de minas.
<p>Resolución Ministerial N.º 304-2008-MEM-DM, que aprueba las Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero (24 de junio de 2008)</p>	<ul style="list-style-type: none">• Según el artículo 1º, el objeto de esta Resolución Ministerial es desarrollar los mecanismos de participación ciudadana establecidos en el Decreto Supremo N.º 028-2008-EM ,• Asimismo, en su artículo 2º, señala que son mecanismos de participación ciudadana los siguientes:<ul style="list-style-type: none">- Acceso de la población a los Resúmenes Ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales- Publicidad de avisos de participación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

	<p>ciudadana en medios escritos, radiales .</p> <ul style="list-style-type: none">- Encuestas, Entrevistas o Grupos Focales ,- Distribución de materiales informativos .- Visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto- Interacción con la población involucrada a través de equipo de facilitadores- Talleres participativos- Audiencia Pública- Presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente- Oficina de Información Permanente- Monitoreo y Vigilancia Ambiental Participativo- Uso de medios tradicionales- Mesas de Diálogo
<p>Resolución Ministerial N.º 571-2008-MEM-DM, que aprueba los Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades de Hidrocarburos (05 de diciembre de 2008)</p>	<ul style="list-style-type: none">• Según su artículo 1º, el objeto de esta Resolución Ministerial es establecer los lineamientos necesarios para la aplicación del Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, estableciendo los procedimientos y mecanismos de participación ciudadana que son aplicables durante el proceso de negociación y concurso de los contratos, durante la elaboración, evaluación de los Estudios Ambientales; y, durante el seguimiento y control de los aspectos ambientales de los Proyectos y Actividades de Hidrocarburos, en el marco de lo dispuesto por el Decreto Supremo N.º 015-2006-EM.• Por su parte, establece los siguientes mecanismos de participación ciudadana:<ul style="list-style-type: none">- Para las etapas de negociación o concurso y posterior suscripción de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos<ul style="list-style-type: none">o Evento Presencial- Para la elaboración y evaluación de los estudios ambientales<ul style="list-style-type: none">o Taller informativoo Audiencia Públicao Buzón de observaciones y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

	<p>sugerencias</p> <ul style="list-style-type: none">○ Visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto○ Equipo de promotores○ Oficina de Información y Participación Ciudadana
--	---

62. Como se puede apreciar de la normativa reseñada, ninguna de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado. Al respecto, este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por esto que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b), y 7º.

63. Por lo demás, debe advertirse que ninguna de las normas señaladas en el cuadro adjunto se refiere específicamente a la problemática de los pueblos indígenas como grupo humano participante en los mencionados talleres, sino que hacen alusión a la intervención de “cualquier” población afectada. Tal situación, a criterio de este Tribunal, no se condice con el espíritu del Convenio 169 de la OIT, el que más bien exige la adopción de normas especiales que tomen en cuenta aquellas particularidades que caracterizan a los pueblos indígenas en tanto grupo humano diferenciado. Sobre este aspecto, cabe resaltar que la Comisión de Expertos de la OIT, en su Informe en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, del año 2010 (obrante a fojas 556), al momento de examinar algunas de las normas antes glosadas (particularmente los Decretos Supremos N.ºs 012-2008-EM y 020-2008-EM), ha señalado que el artículo 6 del Convenio N.º 169 dispone que las consultas deben tener la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En tal sentido, ha indicado:

“Si bien el artículo 6 del Convenio no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se requiere (...) que la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta permitan la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados «a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso». La Comisión desea resaltar que el Convenio requiere que se establezca un diálogo genuino entre las partes interesadas que permita buscar soluciones concertadas y que, si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos. Asimismo, la Comisión subraya que meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio” (subrayado agregado).



64. En vista de todas estas consideraciones, este Tribunal concluye que, en el presente caso, la entidad demandada ha incurrido en un supuesto de *incumplimiento parcial* de su *deber de reglamentar el derecho a la consulta* de conformidad con lo establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia, decide **ordenar** al Ministerio de Energía y Minas emitir, en el marco de sus competencias, un reglamento especial que regule el derecho a la consulta previa e informada a los pueblos indígenas respetando los principios que dicho tratado establece y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia.
65. Por último, este Tribunal debe dejar claro que la declaración realizada en los fundamentos 62 y 63 de la presente sentencia *no* implica un juicio de constitucionalidad de los reglamentos que han sido emitidos por la emplazada, toda vez que el examen efectuado se ha limitado a verificar la insuficiencia o imperfección de la normativa existente. Por tanto, el incumplimiento parcial detectado no tendrá que ser corregido con la derogación de los reglamentos emitidos (lo que podría servir para regular la participación de otras poblaciones afectadas), sino con la emisión de un reglamento especial para los pueblos indígenas. Con todo, se deja a salvo la posibilidad de impugnar aquellos reglamentos existentes en la vía que corresponda.

§8. Exhortación al Congreso de la República

66. Finalmente, este Tribunal toma nota de la reciente aprobación en el Congreso de la República de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, la misma que, al momento de emitirse la presente sentencia ha sido observada por el Presidente de la República. Al respecto, este Tribunal estima que la aprobación de esta norma a nivel del Congreso representa un paso decisivo en la tarea del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país, pero al mismo tiempo considera que una eficaz protección de tales derechos requiere, además, de la labor comprometida y coordinada de todas las entidades públicas y privadas, cuyo radio de actuación incida de alguna manera en el bienestar de dichos grupos humanos.
67. Teniendo en cuenta entonces la aprobación de esta Ley del Derecho a la Consulta, este Tribunal declara que el *deber de reglamentación* del Ministerio de Energía y Minas, en relación al derecho a la consulta, deberá ajustarse a lo establecido en la citada ley, de ser ésta finalmente promulgada. En este punto, este Colegiado debe señalar que con la *condena* efectuada al Ministerio de Energía y Minas, demandado en el presente proceso de cumplimiento, de emitir una reglamentación sobre el procedimiento de consulta, no se pretende establecer ámbitos jurídicos autónomos o diversos sobre un mismo tema, generando con ello una regulación dispersa y contradictoria; sino simplemente generar una reglamentación adecuada en un sector especialmente sensible, donde a la fecha se carece de dicha normativa implementada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

según los cánones dispuestos en el Convenio N° 169 de la OIT. Ello no quiere decir, por supuesto, que la medida idónea para solucionar este problema de falta de regulación normativa esté en manos del Congreso de la República, quien con carácter general puede dictar la ley que regule para todos los casos el procedimiento y principios a regir en el proceso de consulta.

68. En este contexto, este Tribunal saluda que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso haya aprobado la *Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT*, sin embargo, no debe dejar de reconocer la responsabilidad de este poder del Estado en la omisión legislativa inconstitucional que se produjo en el presente caso. En dicho contexto, y ante la conflictividad aún latente en nuestro país por la ausencia del mecanismo de la consulta, y teniendo en cuenta además que la Ley aprobada aún no ha podido ser promulgada debido a las observaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo, este Colegiado debe **exhortar** al Poder Legislativo a que, dentro de sus competencias establecidas en el artículo 108 de la Constitución, cumpla con su obligación de desarrollar legislativamente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT.

69. En consecuencia, aun cuando la adopción de la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa -mientras la misma no se promulgue- no enerva la omisión legislativa inconstitucional planteada, ni exime de responsabilidad al Parlamento por dicha ausencia legislativa durante el largo tiempo transcurrido, este Tribunal debe emplear en este extremo sólo la figura de la *sentencia apelativa*, en el entendido que el procedimiento democrático ya se ha implementado y casi ha llegado a su fin para dar cumplimiento a lo ordenado en el Convenio 169, por lo que debe confiarse en la culminación de dicho procedimiento; correspondiendo sólo a este Colegiado, en aplicación del principio de colaboración y cooperación de poderes, *declarar* la obligación de desarrollo legislativo y los principios esenciales a tener en cuenta en la emanación de la norma que dé finalmente cumplimiento al derecho a la consulta de los pueblos indígenas y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su *deber de reglamentar* el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

2. **ORDENAR** al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia.
3. **EXHORTAR** al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el artículo 108° de la Constitución, culmine con el trámite de promulgación de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, aprobada en la sesión ordinaria del 19 de mayo del 2010, en el término más inmediato posible.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la obligación del Ministerio de Energía y Minas de adecuar sus reglamentos a lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, en materia de derecho a la tierra, al medio ambiente y los recursos naturales, por no ser asunto de su competencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS**

**LANDA ARROYO
ETO CRUZ**

Lo que es legal:

ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	42



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDSESP)

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular, discrepando con la posición de mis colegas:

1. Llega a este Tribunal la demanda de cumplimiento presentada por la asociación demandante contra el Ministerio de Energía y Minas con la finalidad de que se dé cumplimiento al Convenio N° 169 de la OIT y que en consecuencia el ente emplazado adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional.
2. Es así que encontramos una demanda *sui generis* que solicita el cumplimiento de un tratado internacional. La Constitución Política del Perú señala en su artículo 200.6: *“La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.”* Y el artículo 66° del Código Procesal Constitución prescribe *“Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:*
 - 1) *Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o*
 - 2) *Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.”*

El artículo 68° del citado Código hace referencia a la Legitimación pasiva señalando que *“La demanda de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo.*

Si el demandado no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso, el juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.”

3. Este Colegiado ha señalado en la STC 0168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de setiembre de 2005, que los requisitos mínimos comunes que debe reunir el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso de cumplimiento son: **a) encontrarse vigente; b) ser cierto y claro, es decir, referirse indubitablemente a la**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	43



norma legal o acto administrativo; e) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y, e) ser incondicional.

4. En el presente caso se observa que el recurrente interpone demanda de cumplimiento con el objeto de que el Ministerio de Energía y Minas dé cumplimiento a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT emitiendo la normatividad correspondiente, la reglamentación y directivas pertinentes a efectos de dotar de efectivización al referido convenio.
5. Dentro del marco normativo precedente podemos apreciar que la legislación pertinente no ha previsto el proceso de cumplimiento para tratados internacionales y mucho menos para que se disponga la emisión de reglamentación y directivas, puesto que su finalidad es mas concreta, esto es el cumplimiento de actos administrativos y leyes en las que no existe margen de cuestionamiento u error y menos para verse por el proceso en referencia, conforme a la sentencia citada en el fundamento anterior, no sucediendo lo mismo cuando se solicita el cumplimiento de un tratado internacional, puesto que *prima facie* el Estado tiene la obligación de cumplir los tratados de los que es parte, ya que conforme al artículo 55° de la Constitución forman parte de su derecho nacional. Ello significa que ante el incumplimiento del Estado de tal obligación no puede exigirse su cumplimiento dentro del proceso de cumplimiento, puesto que la naturaleza de este conflicto sería distinta a la que se resuelve en el citado proceso. Y digo esto porque al solicitarse expresamente el cumplimiento de obligaciones propias del Estado, estamos ante un acto complejo, incierto y oscuro que requeriría un tratamiento en materia internacional de la que pueden derivar múltiples obligaciones estatales, siendo imposible que dicha pretensión sea resuelta por el proceso de cumplimiento. Si bien este Colegiado en determinadas oportunidades ha realizado pronunciamientos que excedían la naturaleza del proceso de cumplimiento, debe precisarse que dicho comportamiento fue porque el caso ameritaba que el Tribunal se pronunciara respecto a determinada materia que constituía pretensión que a su momento no había sido abordada y reflejaba urgente necesidad para establecer determinadas pautas que, como decimos, no obstante exceder el continente del mencionado proceso, estaba relacionado a él y urgía dicho tratamiento previsor.
6. Es necesario señalar además que si nos estamos refiriendo al incumplimiento de obligaciones estatales que afectan derechos fundamentales, como en este caso el denominado derecho a la consulta de las comunidades nativas, claramente entonces debemos considerar que tal vez podría utilizarse la vía del proceso de amparo en defensa de los derechos difusos de los integrantes de dichas comunidades, pudiéndose así, expresar todo lo pertinente y con mayor amplitud y claridad respecto a la inconstitucionalidad por omisión, exigiéndosele al Estado la efectivización de actos que lleven al reconocimiento de derechos fundamentales de personas humanas comprendidas expresamente en la Constitución del Estado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	44



7. Es por ello que considero que en el presente caso el proceso de cumplimiento resulta totalmente impertinente para el tratamiento de la temática propuesta que parte de una obligación internacional asumida voluntariamente por el Estado y sin que se haya reconvertido a proceso de amparo para una más profunda atención, con intervención expresa, no del Ministerio de Energía y Minas sino del Estado. Es así que comparto en este punto lo expresado por el Magistrado Carlos Mesía Ramírez en su fundamento de voto, fundamento 4, que señala: *“por consiguiente, no comparto los fundamentos de la ponencia que prevén que la inconstitucionalidad por omisión puede ser objeto de control a través del proceso de cumplimiento, por cuanto la Constitución expresamente establece en su artículo 200.2 que el proceso de amparo procede contra “el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución”. (...) Asimismo considero que en el presente caso, estamos ante la figura de la inconstitucionalidad por omisión, por cuanto el mandato de desarrollo legislativo omitido no deriva directamente del propio texto constitucional, sino del Convenio 169 de la OIT, que tiene rango constitucional.”*
8. También es menester señalar respecto a la legitimidad pasiva del demandado que si bien la demanda está dirigida contra el Ministerio de Energía y Minas y éste la ha contestado, ello no significa que sea el directo obligado o responsable, puesto que, evaluada la pretensión, la obligación le corresponde directamente al Estado, pudiendo éste señalar qué ente u organismo se avoca como tal para realizar actos tendientes a proteger con eficacia los derechos fundamentales. En este caso considero que es pertinente aplicar el último párrafo del artículo 68° del Código Procesal Constitucional cuando señala que *“En todo caso, el juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido”*, lo que significa que en el presente caso el juez de la causa, pese a estar la demanda dirigida contra el Ministerio de Energía y Minas, debió de emplazar al Estado ya que el cumplimiento a que se refiere el Convenio 169 de la OIT, está directamente dirigido al Estado, debiendo ser él quien designe qué ente será el encargado de dar cumplimiento a los requerimientos señalados en dicho convenio.
9. Por lo expuesto considero que la demanda debe ser declarada improcedente tanto por la falta de idoneidad del proceso presentado cuanto por la falta de legitimidad pasiva del demandado.
10. Finalmente considero también necesario expresar que recientemente el Presidente del Tribunal Constitucional, Magistrado Carlos Mesía Ramírez, manifestó públicamente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se está deslegitimando por excesivo academicismo en sus sentencias, por lo que me resulta extraño que en este caso caigamos en el mismo vicio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Por lo expuesto mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de cumplimiento propuesta.

Sr.
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:


VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA (AIDSESP)

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ Y BEAUMONT CALLIRGOS

Si bien concordamos con el sentido del fallo, no compartimos algunos de los fundamentos expuestos en la ponencia, por lo que exponemos las siguientes consideraciones:

1. La Asociación demandante pretende que vía el proceso de cumplimiento se ordene al Ministerio de Energía y Minas que cumpla con su obligación de desarrollar legislativamente lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT.
2. Teniendo presente el contenido de la pretensión demandada, consideramos que ésta no puede ser dilucidada a través del proceso de cumplimiento porque la Constitución en su artículo 200.6 es bastante clara cuando dispone que el proceso de cumplimiento tiene por finalidad controlar la renuencia de la autoridad o funcionario público en “acatar una norma legal”.

Como puede apreciarse, la Constitución es enfática en señalar que sólo a través del proceso de cumplimiento se controla la renuencia en acatar una norma legal, es decir, que a través del proceso de cumplimiento no puede controlarse la renuencia en acatar la Constitución o los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

En sentido similar, el artículo 66.1 del CPCConst. dispone que es “objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente” dé “cumplimiento a una norma legal”. Por lo tanto, teniendo presente el sentido literal de los artículos citados, estimamos que la intención del constituyente y del legislador es indubitable al disponer que el proceso de cumplimiento controla la renuencia en acatar normas legales, mas no constitucionales o internacionales sobre derechos humanos (normas convencionales).

3. De otra parte, consideramos que cuando el artículo 66.2 del Código mencionado dispone que también es “objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente” se “pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan (...) dictar un reglamento”, no está regulando ni previendo que a través de este proceso se pueda controlar la inconstitucionalidad por omisión o la inconvencionalidad por omisión, tal como sucede en el caso de autos.

Ello no significa, empero, que estimemos que la inconstitucionalidad por omisión o la inconvencionalidad por omisión no pueda ser objeto de control; por el contrario, consideramos que es necesario que pueda ser objeto de control, pero no por el cumplimiento sino por el proceso de amparo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA (AIDSESP)

4. Por consiguiente, no compartimos los fundamentos de la ponencia que prevén que la inconstitucionalidad por omisión puede ser objeto de control a través del proceso de cumplimiento, por cuanto la Constitución expresamente establece en su artículo 200.2 que el proceso de amparo procede contra “el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución”.

En sentido similar, el artículo 2 del Código dispone que el proceso de amparo procede cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por “omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona”. Es más, el artículo 44.5 señala que si “el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”.

En buena cuenta, tanto en el ámbito constitucional como en el legal se encuentra previsto que el proceso de amparo es el mecanismo idóneo y satisfactorio para controlar la inconstitucionalidad por omisión o la inconvencionalidad por omisión.

5. Asimismo, consideramos que en el presente caso, estamos ante la figura de la inconstitucionalidad indirecta por omisión, por cuanto el mandato de desarrollo legislativo omitido no deriva directamente del propio texto constitucional, sino del Convenio 169 de la OIT, que tiene rango constitucional.

Por estas razones, consideramos que el presente proceso debe ser reconvertido en un proceso de amparo, con la finalidad de controlar la omisión advertida.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

VICTOR AMBRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	48



EXP. N.º 5427-2009-PC/TC

LIMA

ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO
DE LA SELVA (AIDSESP)

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados emito el presente voto singular. Previamente a ello, debo señalar que el caso sub júdice plantea como tema central la efectividad en el derecho interno el Convenio N.º 169 de la OIT (en adelante Convenio N.º 169) y el comportamiento que el Estado debe asumir frente al mismo, siendo que a través del presente pronunciamiento corresponde al Tribunal Constitucional reafirmar su compromiso con la tutela de los derechos fundamentales y la garantía del bien común.

Petitorio

1. De acuerdo al petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional tiene por objeto que el Ministerio de Energía y Minas de cumplimiento al Convenio N.º 169; y en consecuencia, adecuar sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional.

Cuestiones a resolver

2. El proceso de cumplimiento es una garantía constitucional que actúa para tutelar dos derechos constitucionales objetivos: Primero, la constitucionalidad de los actos legislativos y, segundo, la legalidad de los actos administrativos. Lo que se condice con la inclusión hecha por el constituyente de la acción de cumplimiento en el Título relativo a las Garantías Constitucionales, pues este proceso constitucional si tendría por objeto resolver controversias derivadas de la aplicación y vigencia de la Constitución.
3. Ahora bien, no basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos formales de la norma y que además esté conforme a las disposiciones sustantivas establecidas en la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, sino que tenga vigencia y aplicación.
4. Pues, para que el mandato concreto contenido en la norma legal exista, es decir, para que sea válido, no basta que deba ser creado por un acto que es un hecho existente en el tiempo y en el espacio, y conforme a las normas relativas a la emisión de sus actos, sino que, las normas particulares que constituyen el orden jurídico se considerarán válidas si son, en todos los ámbitos, obedecidas y aplicadas, o sea, si tienen eficacia. La eficacia sólo puede derivarse del desarrollo que realicen los órganos con competencia normativa en el ámbito del derecho interno; de lo cual se encuentran desprovistos los tratados suscritos por el Estado pero que requieren su “concretización”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 5427-2009-PC/TC

LIMA

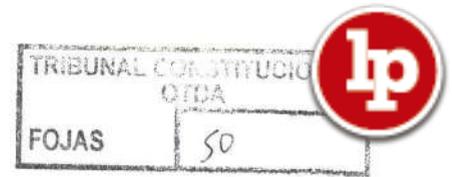
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO
DE LA SELVA (AIDSESP)

5. En este sentido, el proceso de cumplimiento, esencialmente, busca asegurar la eficacia de las **normas legales y los actos administrativos**, lo que no se corresponde con la naturaleza jurídica de los tratados. Es por ello, que considero que en el presente caso, el proceso de cumplimiento resulta totalmente impertinente para el tratamiento de la temática propuesta que parte de una obligación internacional asumida voluntariamente por el Estado, y sin que se haya reconvertido a un proceso de amparo.

6. Tal como como ya lo hizo este Colegiado en anterior jurisprudencia (véase la STC 7873-2006-PC), bajo ciertas premisas procede efectuar la reconversión de un proceso constitucional en otro. Es así que, en aras de lograr una adecuada protección de los derechos de las personas, este Colegiado efectuará un análisis de los requisitos establecidos en la citada sentencia a fin de verificar si procede realizar la adecuación.
 - a) Que el juez de ambos procesos tengan las mismas competencias funcionales. Así, tenemos que tanto el amparo como el cumplimiento son tramitados por jueces especializados en lo civil (crf. artículos 51º y 74º del Código Procesal Constitucional).
 - b) Que se mantenga la pretensión originaria de la parte demandante. En este caso, la pretensión es que se garantice el goce efectivo del derecho de consulta conforme al Convenio N.º 169; y es sobre este punto que tendría que pronunciarse este Colegiado de efectuar la reconvención de un proceso de cumplimiento a otro amparo.
 - c) Que existan elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolver el fondo del asunto, es decir, que no deban actuarse pruebas adicionales en el proceso, el cual debe ser resuelto con las herramientas que el expediente brinda. En el presente caso se cuenta con documentos suficientes para emitir un pronunciamiento de fondo.
 - d) Que se estén cumpliendo los fines del proceso constitucional. Es decir, la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, lo que se lograría con la presente reconversión.
 - e) Que sea extrema la necesidad de pronunciarse sobre el caso, es decir, que el caso sea apremiante, perentorio y urgente. Al respecto, debemos decir que la relevancia del derecho de consulta, tal como ha sido delimitado mediante STC 0022-2009-PI, convierte a sus titulares superreforzados de derechos fundamentales o titulares con una calidad especial.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 5427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO
DE LA SELVA (AIDSESP)

- f) Que exista predictibilidad en el fallo a pronunciarse. En el presente caso, este Colegiado es consciente del tipo de fallo a emitirse y de la necesidad de efectuar una conversión del proceso.

Por consiguiente, al verificarse los requisitos mencionados, considero que este Colegiado está habilitado para reconducir a una vía procedimental más acorde con la petición del recurrente y dejar de lado el proceso inicial, es decir que se habrá de reconvertir el presente proceso de cumplimiento en uno de amparo.

Por estos fundamentos, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de cumplimiento interpuesta.

SR.

ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

VICTORIA ANDREY ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OITDA
FOJAS	51



EXP. N° 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE
DESARROLLO DE LA SELVA (AIDSESEP)

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto por el Magistrado Ponente considero pertinente emitir el presente voto singular, que sustento bajo los siguientes argumentos:

1. Que mediante demanda de cumplimiento la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESEP) pretende que se ordene al Ministerio de Energía y Minas, el cumplimiento del desarrollo legislativo de lo señalado en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. Manifiesta que a pesar de que el citado Convenio fue suscrito por el Estado peruano y ratificado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 26253 -promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993-, el Ministerio de Energía y Minas no ha cumplido con adecuar a dicho Tratado su normatividad interna, particularmente en los temas relativos al derecho de consulta, tierras, territorios y recursos naturales. Asimismo, agrega que si bien existen algunas normas que se refieren a estos temas, ellas son de carácter general, es decir, aplicables para toda la población nacional, y no especialmente para los pueblos indígenas.
2. Si bien es cierto que lo peticionado por los demandantes guarda una relación directa con la omisión por parte de legislador de emitir una norma por el cual se regule el derecho a consulta dentro del marco del Convenio 169 de la OIT, también es cierto que para tutelar lo pretendido, la vía constitucional del proceso de cumplimiento no es la adecuada. Ello porque el referido Convenio ostenta rango o jerarquía constitucional como ya lo ha señalado este Colegiado en jurisprudencia uniforme (STC N°s 0022-2009-AI/TC, 0047-2004-AI/TC y 0025-2005-PI/TC). **No** estando previsto, por ende, en las normas procesales constitucionales, el proceso de **cumplimiento como** mecanismo idóneo para solicitar el cumplimiento de dicho tratado.
3. En efecto, si bien el art. 139° inciso 8 hace señala que: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley*”, también **debemos señalar** que el art. 200°.6 de la Constitución Política del Perú prevé que el proceso de cumplimiento tiene por finalidad controlar la renuencia de la autoridad o funcionario a acatar una “norma legal”. Asimismo el CPConst. en su art. 66° señala que: “*Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública o renuente: dé cumplimiento a una norma legal*”, no dando margen para exigir el cumplimiento, mediante este proceso, de normas de rango constitucional o normas convencionales internacionales.
4. En consecuencia, al constatarse que la reclamación planteada ha sido erróneamente tramitada como proceso de cumplimiento, cuando lo debió ser por vía del amparo, bien se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OTDA
FOJAS	52



podría disponer la nulidad de los actuados y el reencausamiento de la demanda. Sin embargo, considerando: i) la urgencia de restituir los derechos reclamados, ii) la correlativa necesidad de que el presente proceso se resuelva de forma oportuna y efectiva, y iii) lo inoficioso que resultaría rehacer un procedimiento cuando existen suficientes elementos para meritar su legitimidad; considero pertinente que debería procederse a la reconversión del proceso planteado en uno de amparo y pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Por lo demás esta alternativa se encuentra sustentada en el principio *iura novit curia*, reconocido en el artículo VIII del CPCConst.

- De lo antes mencionado, y de acuerdo con la STC 07873-2006-AC/TC, debo señalar que para reconvertir el presente proceso de cumplimiento en un proceso de amparo para tutelar los derechos vulnerados me remito al artículo 200.1 que señala expresamente que el proceso de amparo procede contra el hecho u *omisión* por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la constitución. En este sentido, y ya entrando al fondo del asunto en el presente caso mediante su reconversión al amparo, se advierte que efectivamente existe una omisión por parte del Estado en adecuar regular o implementar legislativamente los artículos N^{os} 6.1, 6.2 y 15.2, del Convenio 169 de la OIT. Por lo que debe estimarse la demanda entendida como una de amparo al advertirse la vulneración de los derechos a la consulta, a la tierra, al territorio y a los recursos naturales. En consecuencia, el suscrito considera que se debe exhortar al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo para adecuar, regular o implementar los artículos del referido Convenio a que se hacen referencia en la demanda de autos.

Por estos fundamentos, el suscrito considera que la demanda debe estimarse, entendida esta como una de amparo, y declararla **FUNDADA** al advertirse la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Sr.

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR