



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 925/2021

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 23 de noviembre de 2021, se reunieron los magistrados a efectos de pronunciarse sobre la demanda que dio origen al Expediente 02268-2015-PA/TC.

Los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada, votaron, en mayoría, por:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo en todos sus extremos.

Por su parte, los magistrados Ledesma Narváez (ponente) y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto), votaron, en minoría, por declarar fundada en parte e improcedente la demanda.

Es así, entonces, que la sentencia se encuentra conformada por los votos de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada.

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini emitió un voto singular y que se entregará en fecha posterior.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados emitimos el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

La parte demandante interpone el recurso de agravio constitucional respecto del extremo denegatorio, es decir, sobre la denegatoria de suspender la exploración y explotación del lote 76. También pide que se deje sin efecto diversos actos administrativos relativos a la aprobación del contrato de licencia de exploración y explotación del citado lote, a la aprobación del Plan Maestro de la Reserva Comunal Amarakaeri 2008-2012, del EIA, entre otros, y «cualquier otro acto administrativo tendiente a la continuación de las actividades de exploración y explotación del Lote 76 sin la participación, consulta ni consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas Harakmbut, Yine y Matsigenka». Pide también, en la medida en que ya se vulneraron sus derechos, el pago de una indemnización por los daños ocasionados y «de ser el caso, participación en los beneficios de las actividades extractivas a realizarse dentro del territorio ancestral de los pueblos Harakmbut, Yine y Matsigenka».

Advertimos que, respecto a lo pretendido, se ha producido la sustracción de la materia justiciable, por cuanto conforme se advierte de los actuados, a la fecha, se ha dado por concluido el contrato de exploración y explotación suscrito entre la parte demandada y Perupetro SA.

Así, Hunt Oil Company, mediante escrito 5905-ES-2017, de fecha 13 de septiembre de 2017, comunica que, en aplicación de las cláusulas contractuales del contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76, de fecha 2 de mayo de 2006, se decidió no continuar con el proyecto y concluir el contrato el 15 de agosto de 2017. En el mismo sentido, mediante escrito 6123-ES-2017, de fecha 21 de septiembre de 2017, Perupetro SA. indicó que Hunt Oil Company, mediante Carta HOEP76-GG-2017-102, de fecha 14 de julio de 2017, le comunicó su decisión de dar por terminado el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76. Al respecto, mediante Carta GRL-SUPC-GFST-0744-2017, de fecha 3 de agosto de 2017, Perupetro SA. comunicó a Hunt Oil Company que el contrato quedaba resuelto y que su último día de vigencia era el 15 de agosto de 2017.

Por otro lado, respecto a la pretendida indemnización y otro, debe recordarse que el proceso de amparo tiene naturaleza restitutoria y no indemnizatoria, por lo que debe rechazarse dicha solicitud.

Por las consideraciones precedentes, en aplicación *a contrario sensu* del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, votamos a favor de que se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de autos.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, por los siguientes fundamentos:

En el presente caso, la recurrente solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos relacionados con las actividades en el lote 76 y cualquier otro acto administrativo tendiente a la continuación de las actividades de exploración y explotación del lote 76. Sostiene que los referidos actos administrativos se habrían realizado sin la participación, consulta ni consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas afectados. Por lo cual, solicita la realización de la consulta previa, libre e informada bajo los estándares internacionales establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la suspensión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76, y en tanto ya se produjo las vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas, que se ordene el pago de indemnizaciones por los daños ocasionados. Y, de ser el caso, participación en los beneficios de las actividades extractivas a realizarse dentro del territorio ancestral de los pueblos Harakmbut, Yine y Matsigenka.

El Primer Juzgado Mixto Transitorio-Sede Tambopata declaró infundada la excepción propuesta por Perupetro S.A. y, con fecha 22 de agosto de 2014, declaró infundada la demanda de amparo, por considerar que no se ha demostrado documentariamente las afectaciones denunciadas, ya que las actividades dentro de la Reserva Comunal Amarakaeri se encuentran debidamente autorizadas y no ha sido probado por la parte demandante que estas se estén realizando con incumplimiento de los estándares ambientales vigente. Además, aduce que el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 76 fue suscrito entre la empresa Hunt Oil Exploration and Production Company of Perú, LLC, Sucursal del Perú y el Estado peruano a través de Perupetro S.A., el 2 de mayo de 2006; vale decir; con fecha anterior a la emisión de la implementación del Convenio 169 a través de la Ley 29785 y su Reglamento. Agrega que de acuerdo con lo indicado en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, aquella no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana, ni modifica o deroga las medidas legislativas, ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

A su turno, la Sala Mixta de Madre de Dios, mediante resolución setenta, de fecha 15 de diciembre de 2015, confirmó la sentencia que declaró infundada la demanda en el extremo que solicitó la suspensión de la exploración y eventual explotación en el área natural Reserva Comunal Amarakaeri, porque no se habría acreditado el incumplimiento de la legislación vigente ni la afectación al medio ambiente; y, revocando el extremo referido a la consulta previa, ordenó «reconocer el derecho inalienable de la Reserva Comunal Amarakaeri, que alberga a las comunidades nativas Harakmbut, Yine y Matsigenka, a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT», por estimar que el derecho a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

consulta previa se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la OIT, así como bien fue consagrado en la sentencia recaída en el Expediente 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, en la que el Tribunal Constitucional ha establecido que, a pesar de no encontrarse expresamente prevista en nuestra legislación, el Convenio 169 forma parte de nuestro ordenamiento jurídico peruano, con rango constitucional. Acota, finalmente, que se debe preservar la seguridad jurídica en las contrataciones efectuadas por las partes con arreglo a ley, y que debe tenerse presente que la consulta previa no implica un derecho veto.

De los actuados se desprende que a la fecha se ha producido la sustracción de la materia. En efecto, conforme se advierte del escrito de fecha 13 de setiembre de 2017, Hunt Oil Company comunica que, en aplicación de las cláusulas contractuales del contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76, de fecha 2 de mayo de 2006, se decidió no continuar con el proyecto y concluir el contrato el 15 de agosto de 2017 (cuaderno del Tribunal Constitucional). En el mismo sentido, mediante escrito de fecha 21 de setiembre de 2017, Perupetro S.A. indicó que Hunt Oil Company, mediante Carta HOEP76-GG-2017-102, de fecha 14 de julio de 2017, le comunicó su decisión de dar por terminado el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76. Al respecto, mediante Carta GRL-SUPC-GFST-0744-2017, de fecha 3 de agosto de 2017, Perupetro comunicó a Hunt Oil Company que el contrato quedaba resuelto y que su último día de vigencia era el 15 de agosto de 2017 (cuaderno del Tribunal Constitucional). En consecuencia, este extremo de la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

En lo referido al pago de la indemnización por los presuntos daños ocasionados y la determinación de la participación en los beneficios de las actividades extractivas a realizarse dentro del territorio de las comunidades nativas mencionadas, el proceso de amparo no es la vía idónea para determinar el mencionado pago, pues como se ha mencionado tiene eficacia restitutoria. En consecuencia, este extremo también debe ser declarado **IMPROCEDENTE**.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto singular porque el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. No podía estarlo siquiera, ya que su inclusión hubiese roto toda su lógica. El artículo 2 de la Constitución, en efecto, establece derechos que corresponden a *todas* las personas por el hecho de ser tales. No establece derechos para grupos sociales determinados. Tampoco deriva del artículo 89 de la Constitución, ya que las comunidades campesinas a las que alude deben organizarse jurídicamente para existir. La existencia de los pueblos tribales e indígenas, en cambio, es independiente del orden jurídico.

El derecho a la consulta previa deriva directamente del Convenio 169, como lo indica la propia demanda. Empero, para que el Convenio 169 de la OIT hubiese añadido un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse hecho conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional. Este convenio fue ratificado por el Perú el 26 de noviembre de 1993. En ese momento, si bien aún no estaba vigente la Constitución —ello ocurrió el 31 de diciembre de 1993—, su texto ya había sometido a la aprobación de la ciudadanía a través del referéndum de 31 de octubre de 1993. A partir de ese momento, no podía cambiársele una coma sin seguir el procedimiento previsto para la reforma constitucional.

Por demás, la Constitución no establece que los tratados sobre derechos humanos tengan necesariamente rango constitucional. Tienen solo rango legal. Lo anterior se desprende de una lectura conjunta del artículo 200, inciso 4; los artículos 56 y 57; y, la Cuarta Disposición Final y Transitoria. El artículo 7, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307 (artículo 5, inciso 1 del anterior código, vigente cuando se presentó la demanda) señala que no procede el amparo cuando lo invocado no se vincula al contenido protegido de un derecho constitucional. Por tanto, la demanda es **IMPROCEDENTE**, ya que el derecho a la consulta previa no tiene el rango normativo requerido.

De otro lado, respecto a la pretensión referida el pago de una indemnización por los presuntos daños ocasionados o la determinación de la participación en los beneficios de las actividades extractivas a realizarse dentro del territorio ancestral de los pueblos Harakmbut, Yine y Matsiguenka, considero que no corresponde ser dilucidada mediante el proceso de amparo, que es un proceso restitutorio. *Ergo*, este extremo de la demanda también es **IMPROCEDENTE**.

Sin perjuicio de todo ello, a la fecha también ha acontecido la sustracción de la materia, en aplicación a *contrario sensu* del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307. En efecto, se advierte del escrito 5905-ES-2017, de 13 de setiembre de 2017, que obra en el cuaderno del Tribunal Constitucional, que Hunt Oil comunica que, en aplicación de las cláusulas contractuales del contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76, de 2 de mayo de 2006, se decidió no continuar con el proyecto y concluir el contrato el 15 de agosto de 2017.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

En el mismo sentido, mediante escrito 6123-ES-2017, de 21 de septiembre de 2017, que también obra en el cuaderno del Tribunal Constitucional, Perupetro SA indicó que Hunt Oil, mediante Carta HOEP76-GG-2017-102, de 14 de julio de 2017, le comunicó su decisión de dar por terminado el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76. Al respecto, mediante Carta GGRL-SUPC-GFST-0744-2017, de 3 de agosto de 2017, Perupetro SA comunicó a Hunt Oil que el contrato quedaba resuelto y que su último día de vigencia era el 15 de agosto de 2017. Ambas entidades anexan copias de las citadas cartas. Hay, pues, sustracción de la materia.

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ Y DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Klaus Quicque Bolívar, presidente de la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes, contra la resolución de fojas 1646, de fecha 15 de diciembre de 2014 (corregida mediante resolución de fecha 21 de enero de 2015), expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró fundada en parte la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de septiembre de 2009, la Federación Nativa del Río Madre de Dios y afluentes (en adelante FENAMAD), interpone demanda de amparo contra Hunt Oil Exploration and Production Company of Perú L.L.C., Sucursal del Perú, y Repsol Exploration Perú, Sucursal Perú, con la finalidad de que se suspenda la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida denominada Reserva Natural Amarakaeri.

Afirman que la exploración y eventual explotación del lote 76 amenaza sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, a la vida, el libre desarrollo y el bienestar, al agua, entre otros, pues el citado proyecto pondría en riesgo la calidad del agua de las cuencas de los ríos Eori/Madre de Dios y Karene/Colorado y otras subcuencas, cuya conservación fue el principal objetivo de la creación de la citada reserva. Aducen que el inicio de exploración sísmica se lleva a cabo en contraposición con el Plan Maestro de la Reserva Comunal Amarakaeri. Finaliza su demanda sosteniendo que se ha vulnerado también el derecho a la consulta previa, porque ya se habrían realizado diversas acciones, como la aprobación del estudio de impacto ambiental para la prospección sísmica 2D del lote 76, a través de la Resolución Directoral N° 221-2009-MEM-AAE, y se ha inobservado el artículo 6, numerales 1, literal (a), y 2, del Convenio 169 de la OIT.

Con fecha 30 de septiembre de 2009, el Primer Juzgado Mixto de Tambopata declaró improcedente la demanda, por considerar que los recurrentes no identifican ni individualizan a las personas físicas o jurídicas directamente afectadas; porque no acreditan la amenaza de afectación del derecho al medio ambiente; y porque la alegada afectación al derecho de consulta previa, libre e informada, "requeriría de un proceso más lato, como sería el proceso contencioso administrativo", por lo que la demanda resulta improcedente, en aplicación del inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

La Sala revisora, por su parte, declara nulo todo lo actuado e improcedente la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

demanda, en aplicación del artículo 51 del Código Procesal Constitucional, por estimar que el órgano jurisdiccional competente para conocer el proceso es el juez mixto de la provincia del Manu, y no el juez mixto de la provincia de Tambopata, ya que es en la provincia del Manu donde se encuentra la Reserva Comunal Amarakaeri, supuestamente afectada.

El Tribunal Constitucional, mediante resolución de fecha 21 de octubre de 2010, revocó las resoluciones emitidas por el Poder Judicial y ordenó que la demanda de amparo se admita a trámite.

El Juzgado Mixto de Tambopata admite a trámite la demanda mediante Resolución 17, de fecha 17 de marzo de 2011, y dispone además el emplazamiento del Ministerio de Energía y Minas a través de su procurador público encargado de asuntos judiciales.

Hunt Oil Exploration and Production Company of Perú, LLC, Sucursal del Perú, contesta la demanda. Afirma que, una vez aprobado el plan maestro, recién inició el procedimiento para obtener la autorización con el objeto de aprobar el estudio de impacto ambiental para realizar la sísmica 2D en el lote 76 y que, por ello, su actuación no amenaza ni afecta derecho alguno. Manifiesta que actualmente han presentado los términos de referencia para el estudio de impacto ambiental y social para la perforación de 8 pozos exploratorios y sísmica 3D, de conformidad con el contrato suscrito, y que todo este proyecto beneficiará a Madre de Dios. Refiere que a la fecha han abandonado la zona, pues la sísmica 2D ha terminado, y que, por tanto, la alegada amenaza de derechos constitucionales ya no existe. Asevera que el propio Ministerio de Energía y Minas aprobó el Plan de Participación Ciudadana que debían implementar para que se apruebe el estudio de impacto ambiental y social para la prospección sísmica 2D, y que, por ello, se realizaron talleres informativos y audiencias públicas antes de la realización y aprobación del citado estudio.

El procurador del Ministerio de Energía y Minas contesta la demanda. Afirma que no se ha agotado la vía previa y que Perupetro S.A. ha cumplido todas las obligaciones, tanto legales como ambientales, para suscribir el contrato.

El Primer Juzgado Mixto, mediante Resolución 23, de fecha 12 de mayo de 2011, dispone integrar a Perupetro S.A al proceso, a solicitud de los demandados Hunt Oil Exploration and Production Company of Perú y Repsol Exploration Perú.

Perupetro S. A. propone la excepción de falta de agotamiento de la vía previa y contesta la demanda. Alega que debe declararse la nulidad del auto admisorio, puesto que para resolver la controversia debe recurrirse al proceso contencioso-administrativo. Además, señala que debió agotarse la vía previa ante la Dirección General de Asuntos Ambientales y Energéticos. Refiere que se ha cumplido toda la normativa vigente al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

momento de suscribirse el contrato.

El Primer Juzgado Mixto Transitorio-Sede Tambopata declaró infundada la excepción propuesta por Perupetro S.A. y, con fecha 22 de agosto de 2014, declaró infundada la demanda de amparo, por considerar que no se ha demostrado documentariamente las afectaciones denunciadas, ya que las actividades dentro de la Reserva Comunal Amarakaeri se encuentran debidamente autorizadas y no ha sido probado por la parte demandante que estas se estén realizando con incumplimiento de los estándares ambientales vigente. Además, aduce que el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 76 fue suscrito entre la empresa Hunt Oil Exploration and Production Company of Perú, LLC, Sucursal del Perú y el Estado peruano a través de Perupetro S.A., el 2 de mayo de 2006; vale decir; con fecha anterior a la emisión de la implementación del Convenio 169 a través de la Ley 29785 y su Reglamento. Agrega que de acuerdo con lo indicado en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, aquella no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana, ni modifica o deroga las medidas legislativas, ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

A su turno, la Sala Mixta de Madre de Dios, mediante resolución setenta, de fecha 15 de diciembre de 2015, confirmó la sentencia que declaró infundada la demanda en el extremo que solicitó la suspensión de la exploración y eventual explotación en el área natural Reserva Comunal Amarakaeri, porque no se habría acreditado el incumplimiento de la legislación vigente ni la afectación al medio ambiente; y, revocando el extremo referido a la consulta previa, ordenó «reconocer el derecho inalienable de la Reserva Comunal Amarakaeri, que alberga a las comunidades nativas Harakmbut, Yine y Matsiguengka, a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT», por estimar que el derecho a la consulta previa se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la OIT, así como bien fue consagrado en la sentencia recaída en el Expediente 00025-2005--PI/TC y 00026-2005-PI/TC, en la que el Tribunal Constitucional ha establecido que, a pesar de no encontrarse expresamente prevista en nuestra legislación, el Convenio 169 forma parte de nuestro ordenamiento jurídico peruano, con rango constitucional. Acota, finalmente, que se debe preservar la seguridad jurídica en las contrataciones efectuadas por las partes con arreglo a ley, y que debe tenerse presente que la consulta previa no implica un derecho veto.

Mediante recurso de agravio constitucional, la federación demandante reitera que en este caso se ha incurrido en la vulneración del derecho a la consulta previa, pues pese a que la Sala resuelve, en un extremo, reconocer el derecho fundamental a ser consultados previa, libre e informadamente, los fundamentos que sostienen dicha decisión no se han efectuado bajo una interpretación conforme al Convenio 169. Asimismo, cuestiona la denegatoria de suspender la exploración y explotación de hidrocarburos en el área natural denominada Reserva Comunal Amarakaeri; y pide se dejen sin efecto diversos actos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

administrativos relativos a la aprobación del contrato de licencia de exploración y explotación del citado lote, y a la aprobación del Plan Maestro de la Reserva Comunal Amarakaeri 2008-2012, del EIA, entre otros, y «cualquier otro acto administrativo tendiente a la continuación de las actividades de exploración y explotación del Lote 76 sin la participación, consulta ni consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas Harakmbut, Yine y Matsigenka» (sic). Solicita también que, en tanto ya se produjo las vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas, dado que no se realizó la consulta previa, libre e informada, se ordene el pago de indemnizaciones por los daños ocasionados y «de ser el caso, participación en los beneficios de las actividades extractivas a realizarse dentro del territorio ancestral de los pueblos Harakmbut, Yine y Matsigenka» (sic).

FUNDAMENTOS

Cuestiones previas

1. En el presente caso, la recurrente mediante su recurso de agravio, reitera su pretensión de que se declare la nulidad de los actos administrativos relacionados con las actividades en el lote 76 y cualquier otro acto administrativo tendiente a la continuación de las actividades de exploración y explotación del lote 76. Sostiene que los referidos actos administrativos se habrían realizado sin la participación, consulta ni consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas afectados. Por lo cual, solicita la realización de la consulta previa, libre e informada bajo los estándares internacionales establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la suspensión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76, y en tanto ya se produjo las vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas, que se ordene el pago de indemnizaciones por los daños ocasionados. Y, de ser el caso, participación en los beneficios de las actividades extractivas a realizarse dentro del territorio ancestral de los pueblos Harakmbut, Yine y Matsigenka.

Asimismo, según indica la recurrente en su recurso de agravio constitucional, de la resolución de vista se desprenden situaciones controvertidas tanto en la *parte resolutive* como en la *considerativa*. Sostiene que si bien la sentencia de vista, en un extremo, les reconoce el derecho fundamental a ser consultados previa, libre e informadamente; los fundamentos que sostienen dicha decisión no se han efectuado bajo una interpretación conforme al Convenio 169, por lo siguiente:

- Si bien la Sala, en la resolución apelada, reconoce el derecho fundamental de los pueblos indígenas a ser consultados previa, libre e informadamente, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, considera que los sujetos obligados a cumplirlo son las empresas demandadas. Es decir, a juicio de la Sala, la obligación jurídica de realizar la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas Harakmbut, Yine y Matsigenka afectados recae en terceros y no en el Estado, desconociendo así lo establecido en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. (...) Sobre el particular, [señala] que son los Estados, y no las empresas o terceros, quienes se encuentran obligados a cumplir con el deber de consultar previamente a los pueblos indígenas.

- La Sala manifiesta que "la consulta previa, no implica un "derecho de veto". Al respecto, [precisa] que el derecho que tienen los pueblos indígenas es el derecho al consentimiento previo, libre e informado en determinados supuestos de hecho. Es decir, en determinados casos, no basta que el Estado lleve a cabo el proceso de consulta previa, libre e informada sino que además debe obtener el consentimiento del pueblo indígena. (...) El derecho al veto implica que los pueblos indígenas se opongan sin mayor fundamentación, lo cual es diferente al derecho de consentimiento que conlleva la posibilidad de oponerse pero con fundamento, porque está en riesgo el derecho de este pueblo indígena a su vida e integridad biológica, cultural y espiritual, subsistencia y modos de vida, en tanto su integridad es la que se "puede poner en riesgo con la ejecución de un megaproyecto. Por esta razón, respecto del derecho de consentimiento, la última palabra sobre los temas consultados no la tiene el Estado sino los pueblos indígenas afectados por el megaproyecto.
- El Estado no puede alegar deficiencias de su legislación interna (como ausencia o tardía legislación y reglamentación del Convenio 169 de la OIT) para incumplir un tratado internacional.
- La Sala, en el Quinto Considerando de su Sentencia señala que de acuerdo con lo estipulado en la Ley N° 29785, "Ley del Derecho de la Consulta Previa", la cual en su Segunda Disposición Complementaria Final, establece que no se modifican o derogan las medidas legislativas, ni se dejan sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a la vigencia de dicha Ley" (...) Efectivamente, el legislador no tiene competencia para decidir *a priori* que se modifiquen, deroguen o se dejen sin efecto las medidas administrativas o legislativas dictadas con anterioridad a la Ley de Consulta. Esta competencia de declarar la nulidad de dichas medidas recae tanto en las autoridades administrativas que emitieron dicho acto nulo como en las autoridades judiciales, porque dichos actos no cumplen con la naturaleza ni los requisitos que establece el Convenio 169 de la OIT, principalmente (...) La aparente aplicación del principio de proporcionalidad que realiza la Sala en el considerando séptimo de la sentencia, resulta una falacia, en tanto no es posible equiparar, por un lado, los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en donde se pone en riesgo su existencia misma, con los intereses particulares de las empresas demandadas. Incluso, el ejercicio de la libertad contractual, a la que hace mención la Sala para justificar su decisión, debe realizarse con arreglo a ley. Es decir las libertades económicas a las que se hace referencia están sujetas a lo que establece la Constitución Política y a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en materia de derechos humanos. En caso contrario, el Estado estaría avalando la continuidad de la violación de los derechos de los pueblos indígenas, desconociendo la naturaleza y los alcances del derecho a la consulta (...) Sobre el particular, [precisa] en la línea de lo señalado en el apartado anterior, que en tanto una actividad -como la lotización- contravenga la Constitución y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos al haberse realizado sin consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas afectados, esta carece de efectos jurídicos; es decir, deviene nula de pleno derecho. Por lo tanto, cualquier acto subsecuente, como son la licitación, la aprobación del contrato para la exploración y explotación, la aprobación del Plan Maestro 2008-2012 y de los estudios de impacto ambiental, entre otros, siguen la suerte del acto originario viciado de nulidad,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

esto es, son nulos también y carecen de efectos jurídicos.

2. Consta en el cuadernillo del Tribunal Constitucional que, a través del escrito de fecha 18 de agosto de 2015, el presidente del Consejo Harakbut-Yine-Matsigenka (Coharyima) solicitó la incorporación de Coharyima como litisconsorte necesario, porque dicho consejo está conformado por la demandante y una serie de comunidades nativas pertenecientes a las etnias Harakmbut, Yine y Matsigenka, asentadas en la zona donde se ubica el lote 76. Posteriormente, con fecha 30 de septiembre de 2019, el Tribunal Constitucional admitió su incorporación como litisconsorte necesario activo, pues ocupa una situación jurídica idéntica a la de la demandante, y le afectará de igual modo la decisión que se adopte sobre el caso.
3. Ahora bien, de los actuados se desprende que a la fecha se ha producido la sustracción de la materia. En efecto, conforme se advierte del escrito de fecha 13 de setiembre de 2017, Hunt Oil Company comunica que, en aplicación de las cláusulas contractuales del contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76, de fecha 2 de mayo de 2006, se decidió no continuar con el proyecto y concluir el contrato el 15 de agosto de 2017 (cuaderno del Tribunal Constitucional). En el mismo sentido, mediante escrito de fecha 21 de septiembre de 2017, Perupetro S.A. indicó que Hunt Oil Company, mediante Carta HOEP76-GG-2017-102, de fecha 14 de julio de 2017, le comunicó su decisión de dar por terminado el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 76. Al respecto, mediante Carta GRL-SUPC-GFST-0744-2017, de fecha 3 de agosto de 2017, Perupetro comunicó a Hunt Oil Company que el contrato quedaba resuelto y que su último día de vigencia era el 15 de agosto de 2017 (cuaderno del Tribunal Constitucional).
4. En tal sentido, habiéndose declarado por concluido el contrato de licencia en mérito a sus cláusulas 3.3 y 4.2, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia controvertida, con lo cual, en principio, y en las actuales circunstancias, no cabría pronunciamiento de fondo. Sin embargo, y en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, debe emitirse pronunciamiento de fondo por las siguientes razones:
 - a) De lo expuesto en autos, se advierte que la conclusión del contrato -por tanto, la suspensión de actividades de exploración y explotación-, no se ha efectuado por la falta de consulta previa a la parte demandante. Antes bien, dicho pronunciamiento se fundamenta en las siguientes cláusulas contractuales:

CLÁUSULA TERCERA.- PLAZO, CONDICIONES Y GARANTÍA

(...)

3.3 Durante la fase de exploración el Contratista podrá pasar al siguiente período



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

siempre que comunique a PERUPETRO con treinta (30) días de anticipación al vencimiento de un periodo en curso, su intención de continuar con el siguiente período, y en tanto que el Contratista no haya incurrido en la causal dará lugar a la correspondiente ejecución de la fianza.

(...)

CLÁUSULA CUARTA.- EXPLORACIÓN

(...)

4.2 El contratista podrá hacer suelta de la totalidad del área de contrato sin lugar a sanción alguna, mediante notificación a PERUPETRO con una anticipación no menor de treinta (30) días, siempre y cuando haya dado cumplimiento al programa mínimo de trabajo del período de la fase de exploración que se encuentre en curso.

En caso que el Contratista hiciera suelta del total del área de contrato, la abandonara o dejara vencer el plazo del periodo en curso antes de dar cumplimiento al correspondiente programa mínimo de trabajo, sin mediar razones técnicas aprobadas por PERUPETRO, éste ejecutará la correspondiente fianza, sin perjuicio de aplicar lo estipulado en el sub acápite 22.3.3.

(...).

Así las cosas, corresponde emitir un pronunciamiento de fondo a fin de evitar que en lo futuro se incurran en afectaciones similares, en tanto se pudiesen celebrar contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos sin la participación de los pueblos o comunidades involucradas, lo que contraviene lo que dispone el Convenio 169 de la OIT.

- b) Los criterios que podrían establecerse en un pronunciamiento de fondo resultarán indispensables para evitar afectaciones similares que puedan presentarse a futuro.
- c) Es necesario precisar las razones por las que, a diferencia de los considerandos sostenidos por los vocales que emitieron la resolución de vista, las medidas administrativas cuestionadas se habrían adoptado desconociendo las obligaciones del Estado peruano en relación con el derecho de consulta previa, de conformidad con el Convenio 169.

Análisis de la controversia

5. La parte demandante afirma que se ha vulnerado su derecho a la consulta previa en la medida en que el Ministerio de Energía y Minas, a través del Decreto Supremo 035-2005-EM, de fecha 6 de octubre de 2005, aprobó el contrato de licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 76; y, a través de la Resolución Directoral 221-2009-MEM-AAE, de fecha 25 de junio de 2009, se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

aprobó el Estudio de Impacto Ambiental y Social para la prospección sísmica 2D en el Lote 76, sin que se cumpla con el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada contemplada en el Convenio 169 de la OIT. Agrega que, además, según el plan maestro, dichas labores se convierten en una amenaza para los objetivos de creación de la reserva comunal.

6. Las empresas demandadas, por su parte, esgrimen que se iniciaron actividades una vez aprobado el plan maestro de la comunidad, y que lograron la aprobación del “Estudio de Impacto Ambiental y Social para la prospección sísmica 2D en el lote 76” al haber cumplido con todos los requisitos que establece la normatividad especial sobre la materia. El Ministerio de Energía y Minas manifiesta que su actuación se ajustó a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, por lo cual no le podría ser imputable ninguna irregularidad en el trámite de la aprobación del referido contrato de licencia; y que existen normas del Sub Sector Hidrocarburos que tienen por objeto evitar problemas sociales y medioambientales, por lo que corresponde a las propias empresas demandadas emitir los descargos que estimen pertinentes. Añade que todo acto administrativo o legislativo emitido por parte de dicho Ministerio con anterioridad a la publicación de la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC, esto es, el 9 de junio del 2009, no podría vulnerar el derecho a la consulta previa. Por su parte, Petroperú S.A., asevera que los actos administrativos se han dado de conformidad a la normatividad vigente.
7. Así, entonces, debe determinarse si la omisión de consulta de los mencionados actos administrativos acarrea la vulneración del derecho a la consulta previa de la federación nativa demandante.

El derecho a la consulta previa, libre e informada

8. Tal como lo ha establecido el Tribunal, el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico; por lo tanto, como cualquier otra norma jurídica, debe ser acatado (cfr. sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento 31); a ello debe agregarse que, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00025-2005-PI/TC, fundamento 33). Además, en virtud del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar, normativa e interpretativamente, las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas.
9. El derecho a la consulta previa, regulado en el artículo 6.a del Convenio 169 de la OIT, constituye una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas para tutelar sus legítimos intereses. Este derecho pretende propiciar el diálogo intercultural en los diferentes estratos de intervención estatal sobre la



situación jurídica de los pueblos indígenas. Este artículo prescribe que los Estados partes, al aplicar las disposiciones del convenio, deben 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 capaces de afectarles directamente.

10. El derecho a ser consultado se encuentra estipulado en el Convenio 169 de la OIT (artículos 6 y 7), en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículos 27 y 32), en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (XXIV), y en otros tratados internacionales ratificados por el Perú y diferente legislación nacional, lo cual refleja el alto nivel de representatividad y legitimidad de estos criterios, ya que varios de ellos han sido establecidos con una elevada participación de los Estados. Ahora bien, este derecho también ha sido reconocido, como se advertirá, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano cuyos criterios jurisprudenciales suelen ser tomados en cuenta en los pronunciamientos de este Tribunal. De ello se desprende que se trata de un derecho que, por el impacto que tiene en las comunidades, ha logrado un importante consenso en cuanto a su reconocimiento en la comunidad internacional.
11. Este derecho, además, resulta indispensable para el ejercicio de otras libertades constitucionales que titularizan tanto las comunidades indígenas como entes colectivos como sus integrantes. Sobre ello, este Tribunal ha resaltado que su adecuado reconocimiento permite coadyuvar la participación de los pueblos indígenas en el marco de un Estado democrático (Expediente 01717-2014-PC, fundamento 24), ya que se permite un espacio de interacción entre los pueblos indígenas y las autoridades públicas.
12. Por otro lado, es indudable que el fomento de la inclusión de los pueblos indígenas en el diseño y estructuración de políticas públicas también coadyuva a reducir la exclusión a la que históricamente se han visto sometidos, lo cual incide en la preservación de su dignidad. Tampoco debe olvidarse la estrecha conexión entre el derecho a la consulta y el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, ya que la garantía de aquella permite prevenir la realización de proyectos en el entorno en que ellos se desenvuelven, el cual, en muchas oportunidades, es indispensable para su subsistencia. En relación con este punto, se ha señalado que la participación de los pueblos indígenas adquiere el carácter de fundamental, “pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” (Corte Constitucional de Colombia. Rol N° T-415, de 17 de junio de 1992; y Rol N° SU-039, de 3 de febrero de 1997).
13. Al respecto, se ha enfatizado que



entre los derechos sustantivos fundamentales de los pueblos indígenas que pueden verse afectados por la explotación y extracción de los recursos naturales figuran, en particular, los derechos a la propiedad, a la cultura, a la religión y a no ser objeto de discriminación en relación con las tierras, los territorios y los recursos naturales, lo cual incluye los lugares y objetos sagrados; los derechos a la salud y el bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable; y los derechos a establecer y materializar sus propias prioridades de desarrollo, incluida la explotación de los recursos naturales, como parte de su derecho fundamental a la libre determinación (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya. A/HRC/21/47. Informe de 6 de julio de 2012, párr. 50).

14. Es importante tener presente que las consultas deberán tomar en cuenta el derecho a la identidad, y en la medida en que han de respetar las formas tradicionales de adopción de decisiones, deberán hacerse, en lo posible, en las lenguas de las comunidades; además de que deberán dirigirse a las autoridades y líderes de dichas comunidades. En esta línea la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, en el caso Saramaka, que

(...) 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 decisiones¹.

15. Como se desprende de este párrafo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece los siguientes requisitos para la consulta que debe realizar el Estado al momento de adoptar alguna decisión que afecte los derechos territoriales de un pueblo:

- Participación efectiva del pueblo indígena en los planes de desarrollo e inversión dentro de su territorio.
- Las consultas deberán hacerse tomando en cuenta las costumbres y tradiciones de los pueblos, incluyendo los métodos tradicionales de toma de decisiones.
- Las consultas deberán basarse en un diálogo y comunicaciones permanentes entre las

¹ Cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Op. cit., párrafo 133.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

- partes.
- Las consultas deben hacerse de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo.
 - Las consultas deberán realizarse en toda etapa del proceso, enfatizando, en particular, las consultas tempranas para asegurar un verdadero intercambio de información, y un verdadero proceso de negociación.
 - La información brindada por el Estado deberá incluir información sobre los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, derivados de los proyectos propuestos.
16. Esto obedece a que, en la práctica, pueden presentarse situaciones en las que se advierte la asimetría en la negociación entre las partes involucradas. Sobre este punto, se ha enfatizado que, desde el inicio de las actividades, se debe brindar a las comunidades información en un formato que sea entendible y públicamente accesible (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 12 de agosto de 2008, párr. 17). De similar forma, se ha indicado que la información que sea brindada a las comunidades debe ser “clara y accesible y, de ser necesario, transmitida a través de intérpretes autorizados o en un idioma que permita a los miembros de los pueblos y comunidades involucrados, comprenderla de forma plena” (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 20-12-IN/20, fundamento 75).
17. En efecto, resulta relevante que las autoridades públicas y el sector privado conozcan las prácticas de la comunidad, ya que la inserción de la cultura indígena incide positivamente en la legitimación de los proyectos. También refuerza la validez de la consulta la elevada cuota de participación de las personas que integran la comunidad, ya que, en caso no se presente una cantidad importante de los miembros para la decisión, ello puede generar desconfianza en relación con aquellas personas que no dieron voz ni voto respecto del proyecto.
18. Ahora bien, este Tribunal estima que el propósito de la consulta carecería de sentido si es que no resulta viable obtener la aprobación de los pueblos indígenas. Al respecto, el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT establece que “[l]as 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”. En un sentido similar, el artículo 19 de la Declaración precisa que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus representantes antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.
19. El reconocimiento de este derecho se encuentra vinculado con la libre determinación de los pueblos. Además, en el caso particular de las comunidades indígenas, el que sea exigible obtener el consentimiento es un elemento relevante para las condiciones en las que los posibles proyectos serán diseñados, implementados, monitoreados y



evaluados [cfr. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (2016). Consentimiento previo, libre e informado. Manual dirigido a los profesionales en el terreno. Roma: FAO, pág. 13]. Para este Tribunal, dicho consentimiento es, además, relevante en la medida en que incentiva la existencia de conductos de diálogo entre los pueblos indígenas y las entidades públicas y privadas involucradas, lo cual permite la mejora en relación con el conocimiento de las tradiciones y prácticas de los pueblos originarios.

20. Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169, dispone que la consulta previa se dará ante eventuales afectaciones directas a sus derechos colectivos. Como ha advertido el Tribunal Constitucional, esta referencia a las "medidas susceptibles de afectarles directamente" debe ser entendida como "cambios relevantes y directos en la situación jurídica de los pueblos indígenas" (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 19).
21. En esta perspectiva, resulta esencial enfatizar que las autoridades jurisdiccionales, quienes resolverán las demandas constitucionales sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, tienen la obligación de incluir en su análisis la visión de las comunidades para resolver las controversias que conocen. La formación en asuntos de interculturalidad de los entes que administran justicia en esta clase de casos es determinante para el adecuado resguardo de los derechos de los pueblos indígenas, ya que el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado supone un "medio para hacer efectivos [los derechos a la propiedad, la cultura, a la religión, a la salud, entre otros,] y se justicia además por el carácter generalmente marginado de los pueblos indígenas en la esfera política [...]" (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya. A/HRC/21/47. Informe de 6 de julio de 2012, párr. 51).
22. En la precitada sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 37, el Tribunal Constitucional determinó que el contenido constitucionalmente protegido de derecho a la consulta está conformado por
 - i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos establecidos en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.
23. En tal sentido, los casos en los que se reclame la omisión de la consulta deben ser atendidos en sede constitucional, por pertenecer al ámbito de protección del derecho fundamental, siempre que no se requiera de una actividad probatoria intensa. De igual manera, expresó el Tribunal Constitucional que de la propia normativa del convenio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

se extraen las principales características del derecho a la consulta; a saber: "a) la buena fe; b) la flexibilidad; c) el objetivo de alcanzar un acuerdo; d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta" (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 26).

24. El Tribunal también enfatizó que la consulta debía ser siempre llevada a cabo de forma previa. Y es que la idea esencial de la consulta es que los pueblos indígenas puedan plantear sus perspectivas culturales, a fin de que puedan ser tomadas en cuenta. Así, la consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, lo que podría revelar una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad, debido a la sospecha que tales situaciones generan (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 36).

La consulta previa en las actividades del sector hidrocarburos

25. A partir del reconocimiento a nivel internacional y constitucional del derecho a la consulta previa y el consentimiento informado, vinculado al derecho de consulta reconocido en el Convenio 169 de la OIT, conviene prestar especial atención a las normas que a nivel administrativo han desarrollado este instituto en el sector de hidrocarburos.

- **La derogada Resolución Ministerial 535-2004-EM**, “Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales”, publicada el 30 de diciembre de 2004, señalaba en su artículo 4 que:

“Los talleres informativos, serán convocados por la 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 informativos estará a cargo del Estado y del responsable del proyecto, los mismos que se llevarán a cabo en las siguientes etapas:

a. Antes de la elaboración de los Estudios Ambientales, 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 de las nuevas tecnologías a desarrollar en los proyectos.

Antes de la elaboración del EIA o EIA_{sd}, el responsable del proyecto explicará a las autoridades, que evaluarán el Estudio, los componentes del mismo, especialmente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

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.

b. Durante la elaboración del EIA o EIA_{sd}, el responsable conjuntamente con la Estado a través de la DGAAE y la respectiva DREM difundirá la información sobre el proyecto y los avances en la elaboración del EIA o EIA_{sd}, recogiendo los aportes e interrogantes de la ciudadanía.

c. Presentado el EIA o EIA_{sd} al Ministerio de Energía y Minas, 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.

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 EIA o EIA_{sd}".

- El **derogado Decreto Supremo 015-2006-EM**, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, publicado el 2 de marzo de 2006, en su Segunda Disposición Final indicaba 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 no transgredir el derecho de la población de ser informada; para lo cual establecerá sus procedimientos respectivos".
- El **derogado Decreto Supremo 012-2008-EM**, que aprueba el "Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos", publicado el 20 de febrero de 2008, en su artículo VI establecía la oportunidad en que se aplicaría el reglamento y las etapas:
 - a) Participación Ciudadana derivada de la negociación o concurso de los Contratos de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos: Proceso de Participación Ciudadana que se desarrolla a través de una serie de actuaciones a cargo de Perupetro S.A., que comprende el proceso de negociación con las empresas interesadas hasta su adjudicación y posterior presentación de las empresas a las Poblaciones Involucradas.
 - b) Participación Ciudadana durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales: Proceso de Participación Ciudadana que se desarrolla durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales, que desarrollarán los Titulares del Proyecto, con o sin participación de la DGAAE.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

c) Participación ciudadana posterior a la aprobación de los Estudios Ambientales: Proceso de Participación Ciudadana que se desarrolla luego de la aprobación de los Estudios Ambientales, durante el ciclo de vida del proyecto.

- La **derogada Resolución Ministerial 571-2008-MEM/DM**. “Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades de Hidrocarburos”, publicada el 16 de diciembre de 2008, en su artículo 4.5, “Derechos de las poblaciones involucradas”, concebía a la consulta como una forma de participación ciudadana, la cual debía ejercerse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios, en el marco de lo dispuesto por el D.S. 012-2008-EM.
26. Pues bien, como ya el Tribunal lo dejó manifiesto en el Expediente 05427-2009-PC/TC, de la normativa reseñada se concluye que ninguno de los reglamentos emitidos hasta ese momento había 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 limitaban a habilitar “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, con lo cual estas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado. Al respecto, este Tribunal resaltó en la misma sentencia 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 6, inciso b), y 7 (sentencia recaída en el Expediente 05427-2009-PC/TC, fundamentos 61 y 62).
27. Ahora bien, con posterioridad a las normas mencionadas, el Estado peruano promulgó, en el año 2011, la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios (en adelante, LCP). Y, con este marco, se reguló también la consulta previa en el sector hidrocarburos, la cual tiene su origen en la emisión de la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, de fecha 20 julio de 2012, la cual regulaba los procedimientos administrativos en los que se realizaría la consulta previa, la oportunidad en la que sería realizada y la dirección a cargo, en materia de hidrocarburos y electricidad. Por su parte, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM vuelve a regular, con un contenido idéntico a la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, los procedimientos administrativos en los que se realiza la consulta previa y la oportunidad en la que será realizada, en materia de hidrocarburos y electricidad. La única diferencia en la redacción de la nueva resolución ministerial se encuentra en los órganos a cargo, pues mientras que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM señalaba que los órganos a cargo eran



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

la Dirección General de Hidrocarburos, Perupetro S.A. y la Dirección General de Electricidad, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM indica que es la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, tal como queda establecido en su artículo único en lo referido a hidrocarburos:

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

Resulta necesario precisar que, según dicha resolución, el procedimiento administrativo objeto de consulta en hidrocarburos es el decreto supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

gasíferos, en tanto sería la medida que podría afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. No obstante, conviene precisar que la identificación de los procedimientos administrativos dispuestos en la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM no puede ser interpretada en un sentido restringido, sino en uno amplio, de conformidad con el contenido del derecho a la consulta previa, y a la luz del cual los procedimientos administrativos objeto de consulta previa, en materia de hidrocarburos y electricidad, no se limitan a los enumerados en dicha resolución, tal como lo ha establecido este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 01717-2014-PC/TC, fundamento 57.

28. Al respecto, debe precisarse también que, conforme a reiterada jurisprudencia, la consulta previa debe ser realizada en un momento previo, antes de la aprobación, adopción o autorización de la medida legislativa o administrativa que afecte directamente a las comunidades indígenas u originarias. Así, teniendo en cuenta los estándares determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y en concordancia con el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, la consulta previa debe efectuarse durante las primeras etapas del proyecto, programa o plan de inversión, a fin de que los pueblos indígenas u originarios puedan participar verdaderamente en el proceso de adopción o autorización de las medidas propuestas. Y es que, después de la adopción, aprobación o autorización de la medida que afecte directamente a las comunidades indígenas u originarias, la participación de estas no tendría utilidad, pues sus puntos de vista no serían considerados en la toma de decisiones, ni en la elaboración de las medidas, y se vulneraría el principio de buena fe, al consultarles sobre decisiones ya resueltas (Sentencia recaída en el Expediente 0022-2009-AI/TC, fundamento 36).
29. Es también importante precisar que el carácter previo de la consulta coadyuva a la determinación, por parte de los pueblos indígenas, sobre si sus intereses y derechos se han visto perjudicados. De esta manera, la interacción y el diálogo, desarrollados en un momento previo, son cruciales para la identificación y búsqueda de medidas menos lesivas, o para la selección de medidas que puedan mitigar el impacto de los proyectos (cfr. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya. A/HRC/21/47. Informe de 6 de julio de 2012, párr. 66). Así, la consulta en este momento incentiva un genuino intercambio de perspectivas entre los miembros de la comunidad y las entidades involucradas, cuestión que, como se advirtió *supra*, fortalece la legitimidad de los proyectos presentados.

El contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos en el ordenamiento constitucional

30. Ahora bien, a fin de determinar si se ha vulnerado el derecho de consulta previa, es



necesario explicitar previamente los alcances de un contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos. Así, es pertinente recordar que la ley que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional -Ley 26221-, de fecha 20 de agosto de 1993, dispone en su artículo 2 que “El Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional”; y sobre dicha base, según el artículo 10, se determina que el contrato de licencia es una de las formas contractuales bajo las que se realiza las actividades de exploración y de explotación de hidrocarburos. Este artículo establece que el “(...) contrato de licencia, es el celebrado por Perupetro S.A., con el contratista y por el cual éste obtiene la autorización para explorar y/o explotar hidrocarburos en el área de Contrato; en mérito del cual Perupetro S.A. transfiere el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos al Contratista, quien debe pagar una regalía al Estado”. Asimismo, en su artículo 11, se estipula que “los contratos a los que se refiere el artículo 10 podrán celebrarse, a criterio del Contratante, *previa negociación directa o por convocatoria*” y que, “los contratos *se aprobarán por Decreto Supremo* refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas, en un plazo no mayor de 60 (sesenta) días de iniciado el trámite de aprobación ante el Ministerio de Energía y Minas por la Entidad Contratante, fijándose en el reglamento el procedimiento correspondiente” (énfasis agregado).

31. Según el artículo 3 del Decreto Supremo 032-2004-EM, “Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos”, de fecha 21 de agosto de 2004, las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos comprenden las actividades propias de la búsqueda y descubrimiento de hidrocarburos, e incluyen trabajos de geología de campo, perforación de pozos exploratorios y de desarrollo, así como las actividades de producción de hidrocarburos.
32. Así como también, según la cláusula primera del “Contrato de Licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 76 entre Perupetro S.A. y Hunt Oil Company (block 76) L.L.C., sucursal del Perú”², se entiende la *Exploración* como el planeamiento, ejecución y evaluación de todo tipo de estudios geológicos, geofísicos, geoquímicos y otros, así como las actividades geofísicas, la perforación de pozos exploratorios y demás actividades conexas como las necesarias para el descubrimiento de hidrocarburos, incluyendo la perforación de pozos confirmatorios para la evaluación de los reservorios descubiertos. Por otro lado, la *Explotación* es definida como el *Desarrollo y/o Producción*, siendo el *Desarrollo* la ejecución de cualquier actividad apropiada para la producción de hidrocarburos, tales como la perforación, completación y profundización de pozos, así como el diseño, construcción e instalación de equipos, tuberías, tanques de almacenamiento y otros

²Disponible en: <https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/ffda5185-95e7-4cd7-b064-be9be80eb5b1/L+76-1.pdf?MOD=AJPERES>



medios e instalaciones, incluyendo la utilización de métodos de producción artificial y sistemas de recuperación primaria y mejorada, en el área de contrato y fuera de ella, en cuanto resulte necesario. Incluye también la construcción del sistema de transporte y almacenamiento, de las instalaciones del punto de fiscalización de la producción, del ducto principal y, de ser el caso, plantas de destilación primaria para la manufactura de productos a ser utilizados en las operaciones o plantas de procesamiento de gas natural. Por otro lado, la *Producción* es todo tipo de actividades en el área de contrato o fuera de ella en lo que resulte necesario, cuya finalidad sea la extracción y manipuleo de hidrocarburos, y que incluye la operación y reacondicionamiento de pozos, instalación y operación de equipos, tuberías, sistema de transporte y almacenamiento, ducto principal, tratamiento y medición de hidrocarburos y todo tipo de métodos de recuperación primaria y mejorada.

33. Es oportuno indicar que, según el Ministerio de Energía y Minas, luego del otorgamiento y firma del contrato de licencia, sobreviene la fase de *Exploración*, en la que se identifica la existencia de posibles áreas de explotación, siendo sus etapas³:

- 1) Prospección sísmica: Método de exploración en el cual se utiliza ondas acústicas a través de aparatos especiales, que ayudan a que se puedan identificar zonas donde se puede encontrar hidrocarburos. Este método se aplica tanto en tierra como en mar.
- 2) Perforación: Consiste en construir uno o más pozos para llegar a las zonas identificadas durante la sísmica que puedan tener hidrocarburos.

Asimismo, las etapas de *Explotación*, la cual consiste en la extracción del hidrocarburo, son:

- 1) Perforación de desarrollo: Una vez que se confirma la existencia de hidrocarburos, se diseña el plan de desarrollo del campo, considerando la aprobación de los permisos para la producción, los nuevos pozos a perforar y la construcción de las instalaciones necesarias para la producción.
- 2) Producción: Consiste en la extracción de hidrocarburos. Cuando se trata del petróleo, previamente se almacena la producción de varios pozos en una estación recolectora denominada batería, en donde se trata y se envía a las plantas de procesamiento. Cuando se trata del gas natural, se envía a las plantas de separación de líquidos.

34. El artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, que el Estado es soberano en su aprovechamiento, y que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. Por su parte, el artículo 67 de la Constitución dispone que

³ Disponible en: http://www.minem.gob.pe/_publicacion.php?idSector=3&idPublicacion=381



el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. De otro lado, el artículo 68 de la Constitución prescribe: "El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas"; en esa línea, el artículo 69 estatuye que: "El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía".

35. De esta manera queda claro que, con relación a los recursos naturales, renovables y no renovables, el Estado es “soberano en su aprovechamiento”. No obstante, de tal disposición no se desprende que dicho “aprovechamiento” se encuentre fuera del margen constitucional, de los tratados internacionales o convenios suscritos, esto es, no se encuentran exentos de mecanismos de protección y control. Para garantizar ello, no solo es necesaria y suficiente una fiscalización de la actividad hidrocarburífera por parte de la administración pública, que aprueba y supervisa, en primera instancia, que tal actividad sea llevada de manera adecuada con el resto de bienes y valores constitucionales; sino que sea consultada a los pueblos y comunidades cuyos territorios serán materia de contrato.
36. En este mismo sentido, el artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas prevé que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios”. Al interpretar esta disposición, el Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ha señalado que

[e]ste derecho entraña necesariamente el derecho de los pueblos indígenas a emprender sus propias iniciativas para extraer los recursos de sus territorios si así lo desean. En los casos en que los pueblos indígenas son propietarios de todos los recursos existentes dentro de sus tierras, incluidos los recursos minerales y otros recursos del subsuelo, la propiedad de los recursos incluye naturalmente el derecho a extraerlos y desarrollarlos. Pero aun cuando el Estado reclama la propiedad de los recursos del subsuelo, u otros recursos, en virtud de la jurisdicción interna, los pueblos indígenas tienen derecho a emprender sus propias iniciativas para extraer y desarrollar los recursos naturales de sus territorios, por lo menos en las condiciones generalmente permitidas por el Estado a otros actores (Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/HRC/24/41. Informe de 1 de julio de 2013, párr. 9).

37. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido que dicho “aprovechamiento” debe estar vinculado a la búsqueda del bienestar general que se desprende de la fórmula “social” atribuida a la República en el artículo 43 de la Constitución Política, y al elemento social de la economía de mercado, el cual será alcanzado promoviendo “el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, como lo establece el artículo 44 de la Constitución (Sentencia recaída en el Expediente 00003-2006-PI/TC, fundamento 6).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

38. Por lo cual, de dicho enunciado legal se desprende que al ser los recursos naturales, *in totum*, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce (Sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento 11).
39. En esta línea, tal como lo ha sostenido el Tribunal, ni la propiedad ni la autonomía son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse.

El deber de someter a consulta previa las medidas administrativas y legislativas en la Exploración y Explotación de Hidrocarburos

40. Con base en lo anterior, corresponde analizar si, en el presente caso, el Estado debía garantizar la realización de un proceso de consulta previa para la negociación y aprobación del contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 76, y el estudio de impacto ambiental y social para la prospección sísmica 2D en el territorio de la comunidad. Al respecto, las demandadas no han negado que el contrato de licencia de exploración y explotación haya sido otorgado en las zonas ubicadas dentro del Área Natural Protegida denominada “Reserva Comunal Amarakaeri” (en adelante RCA), creada mediante Decreto Supremo 031-2002-AG, lugar que precisamente indican los recurrentes que es la zona en la que viven y en la que se ubican seis cuencas hidrográficas (río Madre de Dios, río Alto Madre de Dios, río Blanco, río Azul, río Inambari y río Colorado).
41. Hunt Oil Exploration Company y Repsol se han limitado a sostener que como titulares del Lote 76 decidieron, en cumplimiento de lo previsto en la legislación vigente, aguardar hasta la existencia de un plan maestro que determinase la compatibilidad de las actividades de hidrocarburos en la RCA. Así, mediante Resolución Jefatural N° 044-2008-INRENA, de fecha 19 de febrero del 2008, se aprobó el Plan Maestro 2008-2012, de la Reserva Comunal Amarakaeri, y sólo a partir de la aprobación de dicho plan iniciaron el trámite para la obtención de la autorización para iniciar las actividades en la zona; y que el trámite de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental para la Sísmica 2D, que se obtuvo mediante la Resolución Directoral 221-2009-MEM/AAE, de fecha 25 de junio del 2009, cumplió con todos los requisitos que establece la normatividad especial sobre la materia; esto es, observó el Decreto Supremo 012-2008-EM, Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. Agregan que sí se ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

realizado un proceso de consulta a la población indígena en los términos de dicho decreto, mediante talleres y audiencias.

42. Por su parte, la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas sostiene que el proyecto de contrato de licencia había sido negociado y aprobado de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente, y que mediante Decreto Supremo 035-2005-EM, de fecha 8 de octubre de 2005, se aprobó el “Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación del Lote 76”; y se autorizó a Perupetro a suscribirlo con la empresa Hunt Oil Company (Block 76) of Perú L.L.C., Sucursal del Perú. Por lo que concluye que su actuación se ajustó a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, además de que el Tribunal Constitucional estableció que la obligatoriedad de la consulta previa rige a partir de la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 00022-2009-PI/TC (9 de junio de 2010).
43. Por otro lado, Perupetro aduce que existe una vía procedimental específica y prevista en la ley, consistente en el proceso contencioso administrativo regulado en la actualidad por el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 27584, ley que regula el proceso contencioso administrativo, aprobado a la vez por el Decreto Supremo 013-2008-JUS, y que la demandante, antes de interponer la presente demanda, debió haber recurrido en forma previa a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE).
44. Conforme puede verse, los alegatos de las entidades emplazadas se dirigen a manifestar que no existe vulneración al derecho de consulta previa de la comunidad respecto de la suscripción del contrato y el inicio de sus actividades, en la medida en que:
 - a) El contrato de licencia de exploración y explotación fue un acto que alcanzó validez con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 11 de la Ley 26221.
 - b) El trámite de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para la Sísmica 2D, cumplió con todos los requisitos previstos por el Decreto Supremo 012-2008-EM, Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos, mediante talleres y audiencias.
45. Ahora bien, tal como puede advertirse, ninguna de estas medidas administrativas o títulos habilitantes ha incluido el proceso de consulta previa de los representantes de los pueblos indígenas o comunidades campesinas representadas a través de la Federación Nativa del Río Madre de Dios y afluentes. Lo cual tampoco ha sido negado por los emplazados.



46. De otro lado, el contrato de licencia -conforme se advierte de las disposiciones legales a las que se ha hecho referencia antes (cfr. fundamento 22)- otorga al titular la autorización para explorar y/o explotar hidrocarburos en el área de contrato, y transfiere el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos al contratista. Así las cosas, es factible suponer que dichos actos o negociaciones implican una afectación directa en el derecho de los pueblos por causa de los contratos y las áreas intervenidas por acuerdos privados aprobados sin su consulta y consentimiento informado. La participación de los pueblos indígenas en esta clase de discusiones es determinante, ya que, como bien refiere James Anaya,

[u]na opinión cada vez más extendida es que, cuando un proyecto extractivo podría afectar a los pueblos indígenas o a sus territorios, los Estados o las empresas que promueven el proyecto deberían obtener el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas interesados por una mera cuestión de buena práctica. Dicho consentimiento o acuerdo proporciona la necesaria aprobación social y sienta las bases para que los operadores del proyecto extractivo tengan una relación positiva con las personas más directamente afectadas, lo cual contribuirá a la necesaria estabilidad del proyecto (Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/HRC/24/41. Informe de 1 de julio de 2013, párr. 29).

47. En este caso, tal como lo exponen los demandantes, se trata de una afectación directa que se plasma en la producción de cambios en el ecosistema y el complejo impacto en la reserva comunal. Más aún si se tiene en cuenta que para el inicio de dichas actividades, las empresas emplazadas obtuvieron la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental para la Sísmica 2D con actividades de “participación ciudadana”, tales como talleres y audiencias, y luego de ello obtuvieron la autorización para iniciar las actividades de exploración, que comportan estudios geofísicos, geoquímicos, geológicos, de sensores remotos, actividades de perforación y completación de pozos, así como pruebas de producción. El eventual impacto en el ecosistema genera, evidentemente, diversas consecuencias en lo que respecta al derecho al medio ambiente sano y equilibrado, el cual, en el caso de los pueblos indígenas, adquiere ciertamente una connotación particular. Al respecto, se ha indicado que “es el carácter fundamental e irrenunciable que este derecho al territorio presenta para los pueblos indígenas, puesto que es el derecho donde se integran el reconoci- miento y respecto de todas las características diferenciadoras de la relación de los pueblos indígenas con el medio ambiente y porque el reconocimiento de este derecho condiciona el desarrollo de otros derecho tan importantes como son los derechos culturales, religiosos o de autogobierno” [Berraondo, Mikel (2006). Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente. En: Berraondo, Mikel (coordinador). Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, p. 472].
48. En relación con el caso *sub litis*, tal y como se ha expuesto, el contrato de licencia es un acto constitutivo de derechos que efectivamente tiene injerencia en la situación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

jurídica de las comunidades afectadas, ya que en el presente caso se había otorgado derechos sobre sus territorios. Y es que, por medio del contrato de licencia, el Estado otorgó una determinada situación jurídica de poder o de ventaja al contratista sobre el territorio de las comunidades, concretamente la posibilidad de realizar determinados actos por parte del contratista, de modo que las comunidades tenían que soportar las actuaciones de quienes gozaban de dicho derecho.

49. Así, teniendo en cuenta que el objeto de la consulta previa es poner en conocimiento de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas la existencia de alguna medida que pueda incidir no solo en su territorio, sino también en su modo y estilo de vida conforme a su propia cosmovisión del mundo, ello incluye a las afectaciones de carácter jurídico, tal como ocurre en el caso de los contratos de licencia, las cuales brindan derechos reales sobre los territorios.
50. Las entidades emplazadas reconocen que el contrato de licencia se otorgó incluso antes de que las comunidades cuenten con su plan maestro; y que luego de aprobado este, se inició el proceso para la autorización de actividades que requieren estudio de impacto ambiental, como lo era la prospección sísmica 2D. Ello supuestamente permitiría asumir que el otorgamiento del contrato de licencia no implicaba una afectación directa a los pueblos indígenas, dado que propiamente no se habría iniciado con la “exploración del lugar”. Además, tanto las empresas como las entidades estatales emplazadas manifiestan que el “Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 76” fue suscrito con anterioridad a la implementación del Convenio 169 a través de la Ley 29785 y su reglamento, normas que disponen el respeto a las medidas administrativas emitidas con anterioridad a su vigencia.
51. Sin embargo, y a pesar de que en ninguno de estos actos administrativos se ha manifestado el derecho de consulta previa de las comunidades, debe precisarse que incluso la espera hasta el momento de la aprobación de la EIA para la prospección sísmica con actividades de participación ciudadana, redujo y excluyó la participación de las comunidades, dado que con la sola aprobación por decreto supremo del contrato de licencia, las empresas se encontraban autorizadas para realizar actividades como estudios geológicos, magnetométricas, estudios geofísicos y gravimetrías, lo cual supone intervención en el territorio de las comunidades. De ahí que tanto la negociación como la aprobación del contrato de licencia son también medidas administrativas que impactan en los derechos e intereses de la comunidad. Tal como lo se ha mencionado *supra*, el derecho a la participación ciudadana no es lo mismo que el derecho a la consulta previa, pues su naturaleza y objetivos son distintos.
52. En este tenor, la "afectación directa" a la que se refiere el Convenio 169 no es solamente aquella que incide en el territorio de la comunidad, y que implica, por



decirlo de alguna manera, una presencia física en dicho espacio. El concepto es más amplio y puede relacionarse, por ejemplo, con actos estatales que generen una afectación de carácter jurídico. Lo principal que debe advertirse, cuando se hace referencia a la idea de “afectación”, es si las medidas que pretenden implementarse suponen (o no), alguna alteración del estado de cosas vigente que sea relevante. Se ha señalado, sobre esto, que “[u]na medida puede tener impactos pero no producir ninguna afectación sobre los derechos colectivos. Se considera que hay afectación de los derechos colectivos cuando al llevar a la práctica la medida propuesta se va a producir un cambio en la situación jurídica de los pueblos indígenas o en el ejercicio de sus derechos colectivos como pueblos indígenas” (Oficina Internacional del Trabajo. Convenio Núm. 169 de la OIT. El derecho a la consulta. Lima: OIT, p. 7).

53. En este caso, la entidad demandada no ha negado que el territorio sobre el cual se realizaron las concesiones pertenezca a las zonas ubicadas dentro del Área Natural Protegida denominada “Reserva Comunal Amarakaeri”.
54. Ahora bien, la idea de que a la fecha de suscripción del contrato para exploración y explotación sobre su territorio con un empresa privada, el Estado no tenía obligación alguna de iniciar un proceso de consulta previa, ni tampoco de obtener el consentimiento informado de las comunidades, dado que aún no existía norma interna en ese sentido, es errónea, pues el derecho de consulta previa se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1995 y, como ha sido resaltado por el Tribunal Constitucional, tiene rango constitucional, por lo cual, es indudable que, desde entonces, el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa para asegurar que los actos de ejecución del referido contrato no comprometan el territorio o la supervivencia y subsistencia de las comunidades afectadas.
55. En efecto, el Convenio 169 de la OIT fue aprobado mediante Resolución Legislativa 26253, del 2 de diciembre de 1993, y fue ratificado el 17 de enero de 1994. El depósito de ratificación ante la Organización Internacional de Trabajo se efectuó el 2 de febrero de 1994. De acuerdo con el artículo 38 del Convenio, este entrará en vigor “doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”. De este modo, el Convenio entró en vigor el 2 de febrero de 1995. Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que diversas reglas consolidadas en el Derecho Internacional Público defienden la idea que, una vez que un tratado ha sido firmado, el Estado debería abstenerse de adoptar medidas que puedan frustrar el logro de los fines y objetivos del pacto respectivo. Esto implica que, desde el 2 de febrero de 1994, el Estado peruano debía evitar cualquier conducta que supusiera un incumplimiento de los propósitos del Convenio 169 de la OIT.
56. Para más abundar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha visualizado diversos escenarios en los que es posible exigir el derecho a la consulta en momentos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

previos a la concesión. Así, en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte Interamericana precisó lo siguiente:

[...] el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental [cfr. Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 205].

57. En ese mismo sentido, la Corte IDH también ha afirmado que el Estado no puede otorgar concesiones en territorios indígenas si es que previamente no se han cumplido las garantías de participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto social y ambiental (cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 146).
58. Así como también en lo que respecta a las siguientes actividades realizadas en el marco de la exploración y explotación, el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT establece que “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”. Como se ha referido con anterioridad, la necesidad de celebrar la consulta es aun más imperiosa cuando se asocia con la explotación de recursos naturales de la comunidad, ya que ello puede tener un impacto severo en su estilo de vida. En este sentido, se ha indicado que este derecho, en esta clase de casos, permite que
- (i) que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución, (ii) que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares, y iii) que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada (Corte Constitucional de Colombia. Rol N° SU-039, de 3 de febrero de 1997).
59. En esa misma línea, la Corte Interamericana ha manifestado, en el *Caso Sarayaku*, que “los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares



internacionales y buenas prácticas al respecto⁴; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio⁵. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los Estudios de Impacto Ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos⁶”.

60. Dichos pronunciamientos, además de lo establecido en el Convenio 169, de acuerdo con el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, son parámetros para la interpretación de los derechos que la Constitución reconoce. Este deber es aún más esencial si los criterios adoptados por el referido organismo regional son de carácter favorable o evidencian una tendencia en favor de los pueblos indígenas o comunidades campesinas, tal y como ocurre en este caso.
61. Así pues, a la luz de lo expresado precedentemente, resulta claro que el proceso que concluyó con la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos, así como las siguientes actividades que se dieron en el marco del contrato, se realizaron en contravención de la interpretación de los derechos efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
62. Por ello, incluso los actos previos a la aprobación por decreto supremo del contrato de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos, tales como la aprobación de las áreas del lote, la aprobación del proyecto de contrato, o los procesos de licitación o negociación directa para el otorgamiento de derechos, son actos administrativos que afectan directamente a los pueblos indígenas y a las comunidades campesinas, y que activan el elenco de garantías que otorga el Convenio 169 de la OIT.
63. Siendo ello así, se tiene que la conformación, extensión, delimitación y nomenclatura del Lote 76, así como todos los posteriores actos administrativos tendientes a iniciar las labores de exploración y explotación del mencionado lote, incluida la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental para la prospección sísmica 2D, a través de la Resolución Directoral N° 221-2009-MEM-AAE, fueron aprobados y desarrollados sin cumplir con el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa libre e

⁴ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, nota al pie número 23.

⁵ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, párr. 41.

⁶ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, párr. 41.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

informada, previsto por el artículo 6, numerales 1, literal (a), y 2, del Convenio 169 de la OIT (aprobado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 26253, del 2 de diciembre de 1993, y ratificado por el Poder Ejecutivo el 17 de enero de 1994).

64. Del mismo modo, si bien el Ministerio de Energía y Minas, de conformidad con Ley Orgánica de Hidrocarburos, es quien aprueba la medida, esto es, el decreto supremo por el cual se otorga los derechos para iniciar las actividades de hidrocarburos en territorio peruano, territorio indígena en muchos casos; Perupetro, por medio de diversos órganos, ha sido quien ha ofertado y dirigido los procesos de licitación pública o negociación directa de los lotes, bajo las tres modalidades de contrato. Perupetro, a través de su directorio, se ha encargado de aprobar los planes generales y de inversión, los procedimientos internos, los contratos y otros. En ese sentido, se puede inferir que las competencias de dicho directorio tienen efectos directos sobre los procesos de consulta previa, pues el despliegue de sus funciones en la negociación de los aspectos relevantes en el otorgamiento de derechos sobre la propiedad de los recursos hidrocarburos, tiene injerencia en los derechos de los pueblos indígenas.
65. Siendo ello así, se acredita que las comunidades representadas por la Federación Nativa del Río Madre de Dios y afluentes no fueron consultadas sobre las negociaciones y aprobación del contrato de licencia que confería a las emplazadas la autorización para realizar sus actividades en sus territorios, así como tampoco fueron consultadas sobre los actos posteriores que se desarrollaron en el marco de las actividades de exploración.
66. En consecuencia, se encuentra probada la vulneración del derecho a la consulta previa en perjuicio de la parte recurrente. En tal sentido, las demandadas tienen la obligación, a futuro, de evitar incurrir en una violación del derecho a la consulta análoga a la examinada en esta sentencia.
67. Por otro lado, en cuanto al extremo referido el pago de una indemnización por los daños ocasionados o la determinación de la participación en los beneficios de las actividades extractivas a realizarse dentro del territorio ancestral de los pueblos Harakmbut, Yine y Matsigenka, este Tribunal considera que no corresponde ser dilucidado mediante el proceso de amparo, que es un proceso restitutorio.

Por estos fundamentos, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agrega, nuestro voto es por lo siguiente:

1. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda de amparo, por haberse acreditado la lesión del derecho a la consulta previa; en consecuencia, **DISPONE** que, en aplicación de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02268-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
FEDERACIÓN NATIVA DEL RÍO
MADRE DE DIOS Y AFLUENTES
(FENAMAD)

Constitucional, las demandadas tienen la obligación, a futuro, de evitar incurrir en una violación del derecho a la consulta análoga a la examinada en esta sentencia.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** el pago de una indemnización por los daños ocasionados o la determinación de la participación en los beneficios de las actividades extractivas a realizarse dentro del territorio ancestral de los pueblos Harakmbut, Yine y Matsigenka.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas, pero, al respecto, debo señalar lo siguiente:

1. Corresponde tener presente que existen importantes diferencias entre afectación y violación (o amenaza de violación). La vida en sociedad lleva a que siempre nuestros derechos, así como algunos bienes constitucionalmente protegidos puedan sufrir ciertas influencias en su contenido a su ejercicio o en ambas.
2. A esto es lo que se denomina afectaciones. Ahora bien, cuando dicha afectación tiene una incidencia negativa, concreta, directa y sin justificación razonable en el derecho o bien que involucra, se debe en rigor hablar de vulneración. Si esta incidencia negativa, concreta, directa y sin justificación razonable se sustenta en un hecho futuro, pero también cierto e inminente, corresponde referirse a una amenaza. Desafortunadamente la ponencia puesta en su conocimiento no hace estas necesarias diferencias.
3. De otro lado y en cuanto al fondo del asunto, conviene recordar que, en anteriores oportunidades, ya este Tribunal Constitucional reconoció la existencia de un derecho a la consulta previa en la STC 0024-2009-AUTC y se pronunció sobre ello (STC 1717-2014-PC/TC, entre otros), situaciones éstas en las que se ha puesto en evidencia los conflictos surgidos entre los proyectos o megaproyectos de inversión en minería, hidrocarburos, etc. por un lado, y de otro, el derecho a la identidad cultural, la posesión ancestral y la consulta previa de los pueblos indígenas y comunidades en nuestro país.
4. Así también, ya en anteriores oportunidades me he referido al rol de los jueces y juezas constitucionales como agentes de integración social, en tanto y en cuanto cumplen un papel de promotores de la cohesión social, la inclusión social, la reconciliación social o la prevención social. También he hecho mención a la “función moderadora” de los Tribunales Constitucionales, constatando que cumplen una función de mediación, buscando evitar la generación de conflictos y promoviendo consensos sobre cuestiones de relevancia constitucional. En ese mismo tenor, se verifica que las cortes constitucionales coadyuvan a la pacificación de las relaciones sociales, propiciando la ausencia de nuevos conflictos o promoviendo la solución rápida y eficaz de los ya existentes.
5. Es importante entonces que la judicatura constitucional se avoque cabalmente a la resolución de este tipo de controversias. Aquello no solamente se encuentra encaminado a brindar una respuesta oportuna y adecuada para quienes alegan que sus derechos han sido vulnerados (lo cual de suyo tiene innegable relevancia), sino que ayudaría inclusive a moderar o pacificar los conflictos, a aliviar el daño a la zozobra en la que viven muchas comunidades, y a eliminar la incertidumbre respecto a grandes y seguramente productivos proyectos de inversión.



6. Señalado esto, debe también tenerse en cuenta que nuestra Constitución, así como la demás normativa del ordenamiento jurídico peruano hoy se encuentran "convencionalizadas", lo cual implica que esta normativa debe ser leída, comprendida y aplicada conforme a lo previsto en los tratados sobre Derechos Humanos, apostándose por la configuración de un Derecho común, inspirado en lo señalado por los tratados vigentes, su jurisprudencia vinculante y aquellas pautas que ya se nos imponen como normas de *ius cogens*.
7. En ese marco aparece el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada como un mecanismo mediante el cual se puede evitar la conflictividad social; lograr que una población conozca o acepte libremente los efectos de un proyecto sobre la base de los acuerdos arribados; y distribuir los beneficios de los proyectos. Es por ello que en los casos donde se alega la inexistencia de una consulta previa se plantean muchas importantes cuestiones, las cuales deberán ser absueltas en su momento.
8. Y es que, de una parte, la consulta previa parece ser un requisito de validez *sine qua non*, constitutivo de la viabilidad y conformidad constitucional de los proyectos que impactan en las comunidades. Asimismo, debe constatarse que en muchos casos declarar la nulidad de un proyecto podría traer consecuencias nefastas que se sumen a las que eventualmente ya podrían existir.
9. En este escenario, como en el presente caso, al haberse acreditado la vulneración del derecho a la consulta previa, no es sensato formular en abstracto, o como única opción, respuestas radicales del tipo "todo o nada". En estos casos, conviene tomar en cuenta ciertas variables, como la del posible impacto o efecto que acarrearía la decisión del Tribunal si se cierra o revierte un proyecto, o la del deber especial de reparar y o superar los daños que se hubieran generado en la comunidad o comunidades involucradas.
10. Con respecto a lo primero, y tal como lo he venido aduciendo en mis votos en casos anteriores a este, respecto de los efectos de cesar proyectos, considero que pueden tomarse en cuenta, a modo de propuesta inicial, cuatro dimensiones: la dimensión económica (vinculada a la rentabilidad económica del proyecto para el país y a la posible redistribución de los beneficios); la dimensión estratégica (referida a la utilidad de los recursos a partir de una mirada estratégica de la supervivencia o el desarrollo del país, recursos hídricos, recursos energéticos, biodiversidad, etcétera); la dimensión política prospectiva (que implica tomar en cuenta los planes oficiales que encaminan el futuro del país), y la dimensión legal (la cual alude a tomar en cuenta los efectos jurídicos y las cargas generadas con la posibilidad de cerrar o revertir proyectos).
11. Ahora bien, y por el lado de las comunidades y pueblos indígenas, tal vez son más evidentes estas dos dimensiones: la dimensión cultural-espiritual (que alude a los daños que puede generar en la idiosincrasia, forma de vida, cultura, etcétera, de



las comunidades) y la dimensión del daño directo (referido al impacto en la vida, salud, alimentación, etcétera, para quienes viven en las comunidades).

12. Por ende, y teniendo en cuenta estos posibles efectos, considero que, de ser el caso, correspondería a los jueces o juezas constitucionales resolver con responsabilidad, en el marco de sus funciones moderadora y pacificadora, tomando para ello en serio las consecuencias o los efectos de su decisión.
13. Finalmente, y en relación de lo que pueda entenderse por afectación “directa” establecida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en anteriores ocasiones el Tribunal Constitucional ha precisado que el artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa hace referencia a que la consulta se hará ante vulneraciones o amenazas de vulneración directas a sus derechos colectivos. Como ha advertido este Tribunal, esta referencia a las medidas “susceptibles de afectarles directamente” deben ser entendidas como “cambios relevantes y directos en la situación jurídica de los pueblos indígenas” (Sentencia 0022-2009-PI/TC, fundamento 19). Se trata, ciertamente, de una perspectiva algo más amplia o genérica de lo que podría ser sometido a consulta.
14. Asimismo, el mismo Tribunal ha precisado que, con respecto a la trascendencia de los cambios, esta debe ser no solo alegada, sino que deber ser “explicada por los pueblos indígenas que la invoquen, porque no siempre será advertida por la cultura mayoritaria” (Sentencia 02196-2014-PA, fundamento 17).
15. Sin embargo, como lo he indicado en otra oportunidad (fundamento de voto de la Sentencia 00012-2020-PI), de lo anterior no se desprende que la carga de la prueba en relación con la amenaza o la vulneración de las necesidades humanas básicas de los pueblos implica una especie de “prueba diabólica”, imposible de satisfacer en la medida que no pueden hacerse cargo de las preconcepciones, cosmovisiones y hasta prejuicios de las autoridades. Siendo así, de manera complementaria debe precisarse que, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales deben resolver los casos relacionados a las consultas previas considerando que, posiblemente, los pueblos titulares del derecho pertenecen a una manifestación cultural diferente, por lo que deben incluir en su análisis la visión de las comunidades para resolver las controversias que conocen” (Sentencia 02196-2014-PA, fundamento 17). De este modo, debe verse en la consulta la consecución de un *verdadero diálogo intercultural*, conforme al cual, “dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto”, ello, no solo para “obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados



pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados” (Sentencia 00022-2009-PI, f. j. 33).

16. Debemos siempre tener presente que en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional ha brindado un trato deferente a las personas o colectivos en situación de vulnerabilidad, como es precisamente el caso de diversos pueblos y comunidades originarias o campesinas, muchas de las cuales pueden encontrarse en situación de pobreza o de manifiesto desequilibrio frente al Estado o a grandes empresas, por lo cual, con base en el principio *favor debilis* –manifestación del principio *pro persona* que subyace a ocasiones en las que el Tribunal Constitucional, por ejemplo, al atender a los “sujetos merecedores de especial protección constitucional”–, corresponde brindar una tutela especialmente protectora, además de aplicar la regulación ya prevista por el Nuevo Código Procesal Constitucional pertinente a estos efectos, como es el caso de los principios *pro actione*, de economía procesal, de elasticidad, de dirección del proceso, etc.
17. En este orden de ideas, una perspectiva complementaria debería incluir dentro de los supuestos de “afectación directa” a todos aquellos casos en los que podría existir una vulneración o amenaza de los diversos derechos fundamentales que titularizan las comunidades originarias.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA