

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



Lima, veintitrés de mayo
de dos mil trece.-

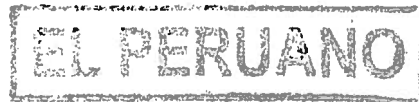
I. VISTOS:

El recurso impugnatorio de apelación formulado por el demandante Instituto de Defensa Legal, organización no gubernamental, representada por don Ernesto de la Jara Basombrío, obrante a fojas doscientos cuarentiuno, contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha veintinueve de setiembre de dos mil once, obrante a fojas doscientos veintiséis, que resuelve declarar improcedente la demanda de Proceso de Acción Popular instaurado por escrito de fojas treinticuatro, con lo demás que contiene; en los seguidos por el Instituto de Defensa Legal contra el Ministerio de Energía y Minas y otro, sobre Proceso de Acción Popular.

I.1 Fundamentos de la sentencia apelada.

La sentencia emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, declara improcedente la demanda de Acción Popular incoada, expresando como sustentos del análisis del caso concreto que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT si bien tiene rango constitucional, también es cierto que lo regulado en el mismo es aplicable sólo a los pueblos indígenas; que el derecho a la consulta es la que se encuentra expresamente regulada en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT; que las normas objeto de la demanda están referidas a la regulación de la participación ciudadana y no a la consulta previa estipulada en el artículo 6 del referido Convenio 169, que las normas se aplican en forma genérica a todo tipo de poblaciones donde se ubique los proyectos mineros y de hidrocarburos y no en forma específica, como la prevista en la Ley N° 29785 de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el citado convenio; concluyendo que los argumentos que sustentan la presunta incompatibilidad de las normas que regulan la participación ciudadana de la población en general para las actividades mineras e

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



hidrocarburos, con lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT que establece de manera exclusiva la participación de los pueblos indígenas y tribales, no guardan relación con los contenidos constitucionalmente protegidos de los derechos invocados, resultando inviable la demanda.

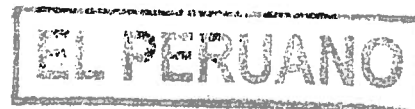
I.2 Fundamentos del recurso de apelación.

a) La parte recurrente expresa su discrepancia con el pronunciamiento de la Sala Superior cuando sostiene que los reglamentos materia de la demanda, están referidos al derecho a la participación y no a la consulta; alegan que las normas que reglamentan la participación ciudadana en materia minera y de hidrocarburos, no sólo se pronuncian sobre el derecho a la consulta, sino que indican que la misma se realizará a través de los diferentes mecanismos de participación ciudadana, entre los que no se encuentra algún mecanismo específico a la consulta previa, sino talleres informativos que nada tienen que ver con la consulta.

b) Señalan que su demanda de acción popular tiene como objetivo se declare inconstitucional las disposiciones de los reglamentos que pretenden utilizar los procesos de participación ciudadana en vez del proceso de consulta; o en su defecto se establezca vía sentencia interpretativa que el Decreto Supremo N° 028-2008-EM (Reglamento de participación ciudadana del subsector minero) y el Decreto Supremo N° 012-2008-EM (Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos), no se deben aplicar a ningún proceso de consulta previa a pueblos indígenas, toda vez que se trata de un derecho diferente y autónomo en relación con el derecho a la participación.

c) Solicitan que se declare inconstitucional toda norma que en vía de interpretación permita la aplicación y utilización de los procesos de participación ciudadana en lugar de los procesos de consulta previa, pues los mecanismos de participación no exonera al Estado de su obligación de realizar el proceso de consulta.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



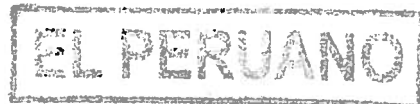
d) Sustentan que pese a la dación de la Ley de Consulta N° 29785, aún persiste la inconstitucional aplicación de procesos de participación ciudadana en lugar de los procesos de consulta previa, debido a que la ley citada en su Segunda Disposición Complementaria Final, en forma ambigua deja abierta la posibilidad de que se sigan aplicando estos procedimientos en las concesiones mineras y petroleras desde mil novecientos noventa y cinco hasta la entrada en vigencia de la Ley -siete de diciembre de dos mil doce-, que afectaron directamente a los pueblos indígenas, disposición que establece que la ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana, tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

e) Expresan que no se trata de un temor infundado, que la Tercera Disposición Complementaria del derogado Decreto Supremo N° 023-2011-EM del doce de mayo de dos mil once que aprobó el Reglamento del procedimiento del proceso de consulta de actividades minero energéticas de mil novecientos noventa y cinco, estableció que se aplicarían a las concesiones inconsultas las normas de participación ciudadana que regulan las actividades mineras y petroleras, es decir, el Decreto Supremo N° 028-2008-EM objeto de la presente acción.

1.3 Absolución de la emplazada.

El Procurador Público Especializado Supranacional encargado de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, que ejerce la defensa del empleado Ministerio de Energía y Minas, solicita que confirme la sentencia apelada que desestimó la demanda; señala que los decretos cuestionados no desarrollan el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas sino el de participación ciudadana para las actividades de extracción minera y de hidrocarburos, que en ese sentido al no regular dicho derecho resulta materialmente imposible que los decretos, lo limiten, tergiversen, desnaturalicen; que el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 05427-2009-PC/TC tuvo la oportunidad de pronunciarse

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



respecto de los reales alcances normativos del Decreto Supremo N° 028-2008-EM en relación con el derecho a la consulta previa, concluyendo en el fundamento 63 que ninguna de las normas señaladas se refiere específicamente a la problemática de los pueblos indígenas como grupo humano participante en los mencionados talleres, sino que hacen alusión a la intervención de "cualquier" población afectada; que en concordancia con la sentencia del Tribunal Constitucional que reconoce la obligación del Estado peruano de contar con normas especiales distintas a los decretos impugnados que desarrollen el derecho a la consulta previa, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 29785 del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, y que el Poder Ejecutivo emitió el tres de abril de dos mil doce el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785; por lo que consideran que existe un sistema dual de protección del derecho a la participación en actividades económicas de minería e hidrocarburos en el Perú; que, en el caso de los pueblos indígenas se realiza mediante la consulta previa regulada en la Ley N° 29785 y su reglamento, y en los otros supuestos de todas las demás poblaciones distintas de las indígenas, donde se ubiquen los proyectos, son de aplicación los mecanismos de participación ciudadana regulados en los Decretos Supremos N° 028-2008-EM y N° 012-2008-EM, no existiendo razón para declarar la inconstitucionalidad de los decretos impugnados; que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de los decretos en cuestión, refiriéndose a la falta de regulación del derecho a la consulta por parte de la normativa del Ministerio de Energía y Minas, reconociendo que los decretos desarrollan el derecho a la participación de la población en general y no el derecho a la consulta previa, que las normas mantienen su vigencia sin perjuicio de las normas específicas que regulan el tema del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas; por lo que de aceptar la derogación planteada, se dejaría un vacío normativo en el tema de participación ciudadana para otras poblaciones. Señalan que

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



no corresponde incluir la nueva pretensión formulada por la demandante en su escrito de apelación, de que en caso no se declare la inconstitucionalidad, se establezca una sentencia interpretativa que los decretos no deben aplicarse a ningún proceso de consulta previa de pueblos indígenas; pues dicha pretensión no se planteó con la demanda, no formaba el petitorio original porque de hacerlo el fallo sería extra petita; finalmente expresan que el pronunciamiento de la Sala en los términos solicitados de establecer que los decretos impugnados no son de aplicación al proceso de consulta previa, sería intrascendente, redundante y que no se condice con la alta investidura, en la medida que el Tribunal Constitucional ya lo ha señalado años atrás en la sentencia N° 05427-2009-PC/TC que existen normas especiales –distintas a los decretos impugnados- que regulan específicamente el derecho a la consulta previa.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento.

1.1 La demanda de acción popular de fojas treinticuatro y siguientes formulada por el Instituto de Defensa Legal, se dirige a obtener la declaración de inconstitucionalidad y derogatoria de algunas de las disposiciones de las siguientes normas reglamentarias:

- a) Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM de fecha veinticuatro de junio de dos mil ocho, en su Título III.
- b) Decreto Supremo N° 012-2008-MEM de fecha diecinueve de febrero de dos mil ocho, en los artículos 2.1 y 2.2 del Título Preliminar y el artículo 1.1.
- c) Decreto Supremo N° 028-2008-MEM de fecha veinte de marzo de dos mil ocho, en su artículo 4 y el Capítulo I del Título 2.

1.2 El fundamento principal de la demanda reside en que las normas reglamentarias en los artículos, título y capítulo anotados, desnaturalizan y contravienen el derecho a la consulta reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



Demanda que ha sido desestimada en primera instancia al considerar que las normas impugnadas no están referidas al derecho de consulta sino a la participación ciudadana.

1.3 Procediendo a continuación a emitir pronunciamiento sobre los aspectos sustanciales de la apelación y la absolución referidos en la parte expositiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Competencia para resolver el Proceso Constitucional de Acción Popular.

2.1 La Acción Popular es una garantía constitucional reconocida en el inciso quinto del artículo 200 de la Constitución Política del Estado, que procede contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general –cualquiera sea la autoridad de la que emanen-, que infrinjan la Constitución, la ley; teniendo previsto el artículo 76 del Código Procesal Constitucional que la demanda procede además de los casos de infracción constitucional o la ley, cuando las normas infralegales no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o las leyes, según el caso.

2.2 El proceso de Acción Popular, es de competencia exclusiva del Poder Judicial, conforme se desprende de los artículos 85, 93, 96 y 82 del Código Procesal Constitucional; conociendo en primera instancia la Sala Superior, y en segunda y última instancia la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

2.3 En este proceso constitucional, los Jueces se encuentran facultados a determinar la nulidad con efecto retroactivo de las normas impugnadas, determinando sus alcances en el tiempo; las sentencias que queden firmes tienen la calidad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial "El Peruano"¹.

¹ Conforme resulta de los siguientes artículos del Código Procesal Constitucional:
Artículo 81, tercer párrafo: Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto,

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



2.4 La acción popular y el control constitucional de las normas infralegales por el Poder Judicial, también encuentra sustento en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú del año 1993, que vincula a los jueces preferir la norma constitucional: *"En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera, igualmente prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior"*; conteniendo la norma constitucional un principio en el sentido de *norma dirigida a los órganos de aplicación*, que indica como deben proceder los magistrados en los casos de incompatibilidad constitucional de una norma legal y de las normas de rango inferior, prefiriendo la norma constitucional y la ley según el caso.

2.5 La norma constitucional citada, guarda perfecta armonía con lo previsto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado, que dispone: *"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente"*.

2.6 Para determinar la inconstitucionalidad de las normas infralegales en el proceso de Acción Popular, previamente se acude a la interpretación, agotando los medios para ubicar una compatible con las normas constitucionales; por lo que, la labor hermenéutica y emisión de sentencias interpretativas no son ajenas a los Jueces del Poder Judicial; en el control judicial de constitucionalidad de las normas la primera tarea es agotar la búsqueda de una interpretación acorde a la Constitución y a las Leyes; declarando la inconstitucionalidad o ilegalidad cuando es manifiesta y no sea factible encontrar alguna interpretación compatible con las mismas²; la labor interpretativa evita declaraciones innecesarias de inconstitucionalidad, contribuye a la seguridad jurídica y a mantener el

la sentencia determinará los alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 82.- Cosa Juzgada. Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

² MESIA, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, año 2004, página 77.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



orden de nuestro sistema normativo, preservando las normas que admitan interpretación conforme a la Constitución y a la ley³.

2.7 De lo expuesto se concluye, que los jueces en los procesos a su cargo preservan la supremacía de la norma constitucional, atienden la presunción de validez constitucional de las normas legales e infralegales; y sólo cuando las normas no admitan interpretación conforme a la Constitución, proceden a realizar el control de constitucionalidad, inaplicando o declarando la nulidad de la norma (sea control difuso o acción popular).

2.8 En este orden, es facultad de este Supremo Tribunal absolver la apelación de la sentencia expedida en el proceso de Acción Popular estableciendo si las normas reglamentarias anotadas admiten interpretación compatible con la Constitución; asimismo cabe anotar, que las disposiciones normativas impugnadas en este proceso de Acción Popular, fueron objeto de análisis en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 05427-2009-AC de fecha treinta de junio de dos mil diez, sin embargo éste no realizó un juicio de constitucionalidad sino que se limitó a verificar la insuficiencia o imperfección normativa en el proceso de cumplimiento seguido contra el Ministerio de Energía y Minas a fin de que dé cumplimiento al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, dejando a salvo la posibilidad de impugnación de los reglamentos en la vía correspondiente; como lo tiene precisado en su fundamento 65:

“ Por último, este Tribunal debe dejar en claro que la declaración realizada en los fundamentos 62 y 63 de la presente sentencia, no implica un

³ La revisión judicial de las leyes tiene como antecedente la “judicial review” de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en el caso Marbury vs Madison, actuando como Juez Supremo y Presidente de la Sala John Marshall en la acción de “Writ of Mandamus”, estableciendo la supremacía de la Constitución y que una ley contraria a ella era nula e ineficaz; sin embargo dicha Corte también tiene establecido que la validez constitucional es la última cuestión que realizará sobre una ley, debido que en principio no se busca una confrontación de la ley con la Constitución, debiendo agotarse todos los recursos para encontrar su constitucionalidad, y solo cuando sea inevitable se admite la revisión judicial de la ley.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



*juicio de constitucionalidad de los reglamentos que, han sido emitidos por la emplazada, toda vez que el examen efectuado se ha limitado a verificar la insuficiencia o imperfección de la normativa existente. Por tanto, el incumplimiento parcial detectado no tendrá que ser corregido con la derogación de los reglamentos emitidos (lo que podrían servir para regular la participación de otras poblaciones afectadas), sino con la emisión de un reglamento especial para los pueblos indígenas. **Con todo, se deja a salvo la posibilidad de impugnar aquellos reglamentos existentes en la vía que corresponda**". (El resaltado en negrita es nuestro).*

2.9 Resultando la acción popular la vía pertinente para impugnar las normas reglamentarias, corresponde a este Supremo Tribunal emitir pronunciamiento, sin perjuicio de verificar si las normas cuyos defectos anotó el Tribunal Constitucional "*podrían servir para regular la participación de otras poblaciones afectadas*".

TERCERO: Rol del Poder Judicial en el control de constitucionalidad.

3.1 Destacamos, que el Poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado establecido en nuestra Constitución Política de 1993, a quién se le ha encargado el ejercicio de la potestad de administrar justicia como lo prevé el artículo 138 de la Carta Magna, esta atribución constitucional se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes con total independencia conforme al inciso segundo del artículo 139 de la citada Constitución; el principio de independencia del Poder Judicial encuentra su razón en su calidad de garante de los derechos fundamentales frente a cualquier actuación arbitraria de los otros poderes, órganos constitucionales, autoridades públicas o particulares.

3.2 Entre los instrumentos que el constituyente ha previsto para asegurar la eficacia de la Constitución Política, se encuentra el control de constitucionalidad con el uso de los medios jurídicos que previenen, reparan, nulifican o sancionan la violación de las normas constitucionales; que siendo a posteriori, persiguen reparar el orden constitucional, así en

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



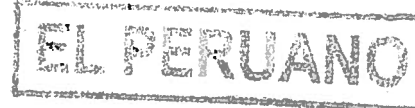
nuestro ordenamiento jurídico, el Poder Judicial también es responsable de la defensa de la Constitución en los procesos judiciales de su competencia ejerciendo el control de constitucionalidad, revisando si las normas que integran el sistema jurídico son conformes con la Carta Fundamental.

3.3 En este contexto es pertinente señalar, que el resolver el presente caso de Acción Popular estableciendo si los decretos impugnados regulan o no el proceso de consulta previa, no es intrascendente, redundante ni es contrario a la alta investidura de la Sala Suprema del Poder Judicial; por el contrario como Poder del Estado encargado de la administración de justicia por mandato constitucional, y en nuestra condición de garantes nos compete la protección de los derechos fundamentales contribuyendo a su efectivización; siendo un asunto trascendente que nunca será redundante cuando se reitere la protección de tales derechos a favor de sus titulares.

CUARTO: Necesidad del pronunciamiento de la jurisdicción constitucional.

4.1 Si bien se han emitido nuevas normas que regulan el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, como es la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, de fecha seis de setiembre de dos mil once, y su reglamento el Decreto Supremo N° 001-2012-MC de fecha dos de abril de dos mil doce; ello no significa que este Supremo Tribunal se encuentre limitado a emitir pronunciamiento sobre la pretensión formulada, en tanto lo que persigue la demandante es la declaración de inconstitucionalidad de otras normas anteriores a las citadas, que bajo el argumento que pudieran colisionar con lo prescrito en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT y se encuentran vigentes siendo consideradas aplicables en procedimientos de consulta previa; anotando, la actora que la Tercera

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA

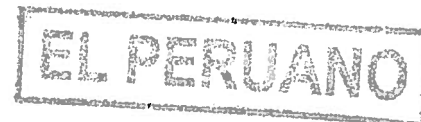


Disposición Complementaria del derogado Decreto Supremo N° 023-2011-EM del doce de mayo de dos mil once, Reglamento del procedimiento del proceso de consulta de actividades minero energéticas de mil novecientos noventicinco, estableció que se aplica a las concesiones inconsultas las normas de participación ciudadana que regulan las actividades mineras y petroleras, es decir, el Decreto Supremo N° 028-2008-EM.

4.2 Adicionalmente a lo expuesto, se tiene que las normas presuntamente inconstitucionales se encuentran subsistentes a tenor de lo previsto en la Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29785, que establece: *"La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia"*; limitándose a derogar el Decreto Supremo N° 023-2011-EM que aprueba el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas; en ese contexto y a los términos de la demanda, se requiere verificar si bajo la denominación de reglamentos de participación ciudadana en el sector minero y de hidrocarburos, persisten normas incompatibles con el ordenamiento legal y constitucional que vulneran el derecho a la consulta previa reconocido en el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo - OIT.

4.3 Por lo que, existen elementos que sustentan la necesidad de un pronunciamiento sobre el fondo, máxime que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva obliga a la autoridad judicial resolver las causas que se someten a su jurisdicción; constituyendo un derecho constitucional reconocido en el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, y gracias a la incorporación de estos derechos procesales en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, como la Convención Americana de los Derechos del Hombre (artículo 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), estos derechos *"han dejado de ser meras proclamaciones retóricas o simples principios*

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



*programáticos, para convertirse en derechos exigibles como garantías fundamentales*⁴; el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, de exigir una prestación de justicia al Estado, es uno de los derechos más importantes que permite hacer valer los propios derechos fundamentales, y no sólo nos referimos al derecho de defensa, sino a los demás derechos fundamentales para cuya efectividad o reposición, el proceso judicial es una vía adecuada, considerando el término "adecuado" la correlación entre efectividad, seguridad y protección jurídica.

QUINTO: Rango constitucional del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT.

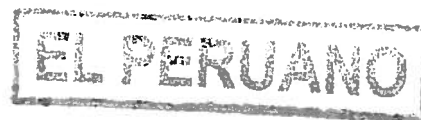
5.1 La actora ha demandado vía acción popular, la inconstitucionalidad de las normas precisadas en el primer considerando de esta resolución por desnaturalizar y contravenir el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT; por tanto previamente a determinar las vulneraciones alegadas, incumbe resaltar el rango constitucional de dicho instrumento internacional.

5.2 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT es un tratado internacional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático del Perú por Resolución Legislativa N° 26253, del veintiséis de noviembre del año mil novecientos noventa y tres; el Estado Peruano realizó el depósito o registro internacional en la Organización Internacional del Trabajo - OIT el dos de febrero del año mil novecientos noventa y cuatro, fecha en la que opera la ratificación, y entró en vigencia al año del registro, esto es el dos de febrero del año mil novecientos noventa y cinco.

5.3 Con la entrada en vigencia del Tratado, el Estado Peruano se encuentra obligado a cumplir el Convenio 169 de buena fe, conforme al "pacta sunt servanda"; para lo cual el Estado no puede invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado; ello, de acuerdo a los

⁴ VALLESPIN PEREZ, David, "Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso civil"; En, Derecho Procesal, XXI Jornadas Iberoamericanas, Lima 2008, Fondo Editorial, Universidad de Lima, Pagina 86.

SENTENCIA
A.P. Nº 2232 - 2012
LIMA



artículos 26 y 27.1 de la Convención de Viena sobre El Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales⁵; de lo que se extrae el carácter vinculante del Convenio 169, así como la exigibilidad y responsabilidad internacional para el Estado Peruano en el cumplimiento de las normas y derechos que el convenio reconoce.

5.4 La doctrina distingue dos sistemas relevantes para la aplicación interna de los tratados, el sistema monista y el dual; en el Perú se ha salvado la aplicación del tratado sin necesidad de incorporarlo en virtud de una ley ni procedimiento adicional alguno⁶, al establecer la norma constitucional antes citada que los tratados en vigor celebrados por el Perú forman parte de nuestro derecho nacional; por lo que respecto a la incorporación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT en nuestro ordenamiento nacional, se atiende su calidad de tratado internacional en vigor celebrado por el Estado que forma parte del derecho nacional, conforme lo prescribe el artículo 55 de nuestra Constitución Política⁷.

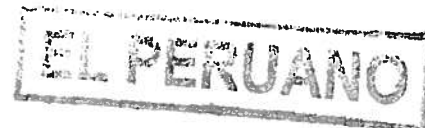
5.5 Sin embargo la sola incorporación en el derecho nacional, no es suficiente cuando la mayor o menor promoción y protección de los derechos reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales (como en el caso de aquellos que protegen derechos humanos), está vinculado especialmente al valor que se le reconoce en el sistema jurídico interno; correspondiendo precisar la ubicación del convenio dentro de nuestro ordenamiento.

⁵ CONVENCIÓN DE VIENA, SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Artículo 26: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Artículo 27.1 de la Convención de Viena.- Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

⁶ Conforme señala Fabian Novak, en el sistema dual el derecho internacional y el nacional se encuentran separados, requiriendo que se incorpore mediante una ley el tratado al derecho nacional; en el sistema monista el tratado se incorpora al derecho interno en virtud de su ratificación por el Estado. NOVAK, Fabian, Los Derechos Humanos en Instrumentos Internacionales y su Desarrollo en la Doctrina, Pontificia Universidad Católica, Instituto de Estudios Internacionales, Embajada de Real de los Países Bajos; Perú, pagina 60.

⁷ Constitución Política del Perú 1993; Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



5.6 Ante la falta de una norma constitucional expresa sobre la jerarquía normativa de los tratados en general respecto a las leyes, la jurisprudencia internacional, constitucional y doctrina postulan el sistema monista prevaleciendo el tratado sobre la ley⁸; sin embargo respecto de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos como en el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, ello se desprende de lo previsto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución actual; en tanto las normas relativas a los derechos y libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales; a mayor abundancia el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en vigencia desde diciembre del año dos mil cuatro, contempla que el contenido y alcances de los derechos constitucionales se interpretan conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte.

5.7 Así también el Tribunal Constitucional, supremo interprete de la Constitución⁹, ha reconocido que los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y, en el caso específico del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, ha señalado que cuenta con rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales¹⁰. Existiendo un avance sobre el tema, pues conforme a su

⁸ NOVAK, Fabian; NAMIHAS Sandra, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Academia de la Magistratura, Paginas 48 a 51.

⁹ Conforme lo prescribe el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301, "El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad".

¹⁰ En el fundamento 12 de la STC N° 0022-2009-PI/TC Caso Tuanama, de fecha 26 de Julio del 2011: "Al respecto el Tribunal recuerda que el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales (STC 3343-2007-PA/TC y STC 00022-2009-PI/TC). No sólo forma parte de nuestro ordenamiento interno, sino que además ostenta el máximo rango, pues como hemos precisado, los "tratados internacionales sobre derechos humanos (...) detentan rango constitucional" (STC N° 00025-

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



reconocido nivel constitucional e integrante del bloque de constitucionalidad, se impone a ser respetada y observada por todos los poderes del Estado Peruano, de lo que no se encuentran exentas las entidades estatales como la emplazada Ministerio de Energía y Minas

5.8 En ese sentido, en el examen de las normas denunciadas se tiene presente que no es un caso de infracción a una norma legal, sino de trasgresión de una norma constitucional -el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, por lo que, de determinarse la infracción, las normas reglamentarias denunciadas serán expulsadas del ordenamiento vigente en tanto ninguna norma infralegal puede subsistir en oposición al Convenio que detenta preeminencia y rango constitucional.

SEXTO: Precisiones sobre el Derecho de Consulta y de Participación.

6.1 En el análisis de las normas impugnadas se debe tener presente que no es lo mismo el derecho a la consulta, el derecho de participación de los pueblos indígenas, y el derecho de participación ciudadana; precisiones que ayudaran a detectar las infracciones denunciadas.

6.2 El derecho de consulta reconocido en el inciso 1.a y 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, tiene como titulares a **los pueblos tribales** cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad, que se rigen por sus propias costumbres, tradiciones, legislación especial; y a **los pueblos indígenas** que descenden de poblaciones ancestrales de la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras del Estado, que conservan

2005-PI/TC Y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26). En ese sentido, en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar -normativa e interpretativamente- las disposiciones constitucionales sobre pueblos indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación".

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



todas o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

6.3 El Convenio ha establecido criterios objetivos y subjetivos para identificar a los beneficiarios, entre los primeros se encuentra el criterio de "preexistencia" al Estado, y la vigencia de instituciones propias; entre los segundos se encuentra la "autoidentificación", la conciencia de descender de los pueblos originarios, y la "identidad indígena o tribal". Cabe anotar que para identificar a los pueblos indígenas y tribales no es requisito previo que se encuentren registrados y/o reconocidos mediante procedimientos formales aplicados por el Estado, sino que cumplan con los criterios señalados en el tratado.

6.4 Estos pueblos son titulares (entre otros derechos), del derecho a la consulta reconocido en el inciso 1.a e inciso 2, y del derecho a participación libre reconocido en el inciso 1.b, todos del artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT¹¹, cuyo texto completo es el siguiente:

Artículo 6:

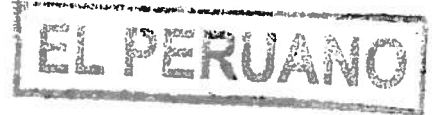
1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

b) **establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente**, por lo menos en la misma medida que

¹¹ El derecho a la consulta también se encuentra reconocida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento internacional sobre derechos fundamentales también vinculante para el Estado Peruano, aprobado por la Asamblea General del 13 de setiembre del 2007 y guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta; establece en su artículo 19 que: "Los Estados celebraran consultas y cooperaran de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado".

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

6.5 Como señala la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, existe la necesidad de reconocer que los pueblos indígenas son iguales a todos los otros pueblos, que tienen el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales; estos pueblos han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos; se les ha impedido ejercer su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses; en estos tiempos, ya no se admiten formas de discriminación, opresión ni violación de sus derechos, y más bien se propugna *"el control por los pueblos indígenas de sus acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos, les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades"*, compatible con ello, es que previamente a adoptar o aplicar medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales, se debe obligatoriamente cumplir con el procedimiento de consulta, con la finalidad de obtener acuerdos, y cuando corresponda, el consentimiento libre, previo, e informado.

Lo cual significa que no se puede limitar a una sola actividad informativa, sino que la información plena, es para obtener un fin mayor, esto es el "acuerdo", y en su caso el "consentimiento libre e informado"; la

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA

EL PERUANO

oportunidad de la consulta, conforme se desprende de las normas internacionales, es previamente a adoptar o aplicar la medida, no simultáneamente ni después; pues ello significaría una vulneración al derecho de los pueblos protegidos al consentimiento "previo". Destacando la doctrina la obligación del Estado de articular un proceso de consulta a los pueblos indígenas para que participen en las decisiones que los afectan, que este conjunto de derechos de los pueblos frente a los Estados, demuestran que han adquirido otro status y es signo ineludible de la transformación de las relaciones Estado-Pueblos Indígenas¹².

6.6 En razón de este derecho fundamental, es obligación del Estado Peruano consultar a los pueblos tribales e indígenas interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; ello debe realizarse mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas. Por otro aspecto, la finalidad de la consulta es obtener un acuerdo, consenso, y en casos específicos obtener el consentimiento (la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene señalado que en algunos casos la consulta previa no es suficiente, además se requiere la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos en toda decisión que les pueda afectar, modificar, perjudicar los derechos de propiedad indígenas¹³).

6.7 El inciso 1.b del artículo 6 del Convenio, adicionalmente al derecho a la consulta previsto en el inciso 1.a, reconoce el derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales, para que puedan participar libremente "*por lo menos en la misma medida que los otros sectores de la población*", y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de

¹² RAMIREZ, Silvina, "Derechos de los Pueblos Indígenas: Protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales", En, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, GARGARELLA, Roberto (Coordinador), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Pagina 919.

¹³ Fundamento 134 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del caso del Pueblo Saramaka versus Surinam de fecha 28 de noviembre del 2007.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



políticas y programas que les conciernan¹⁴; asimismo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional de Trabajo - OIT, como órgano que se encarga de supervisar regularmente la aplicación de los Convenios ratificados luego de examinadas las memorias presentadas por los Estados miembros de la Organización Internacional de Trabajo - OIT sobre las medidas adoptadas para hacer efectivos los Convenios ratificados, y evaluar la conformidad de la legislación y las prácticas del país con sus obligaciones; ha señalado con relación al Convenio N° 169 que: *"Debido a los grandes retos a los que actualmente tienen que hacer frente los pueblos indígenas y tribales, incluidos la regularización de la propiedad de la tierra, la salud, la educación, y el aumento de la explotación de los recursos naturales, la participación de los pueblos indígenas y tribales en estos y otros ámbitos que les afectan directamente, es un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo. ... las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos"*¹⁵ (resaltado nuestro). Sobre la obligación de consulta se ha señalado que, *"La Comisión no puede sino subrayar la importancia que tiene garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus prioridades de desarrollo a través de consultas significativas y eficaces y la participación de esos pueblos en todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo. No realizar dichas consultas y no dejarles participar tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que reflejen las aspiraciones y necesidades de los*

¹⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka versus Surinam, ha interpretado sobre tres derechos de los pueblos indígenas de: a) Participación efectiva en los planes de inversión o desarrollo; b) derecho de consulta previa, como un proceso comunicativo continuo; c) derecho al consentimiento previo, libre e informado.

¹⁵ Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio núm. 169, 79.a reunión, 2008 (publicada en 2009).

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA

EL PERUANO

pueblos indígenas y tribales.”;¹⁶ este derecho de participación libre y en iguales condiciones, guarda relación con el derecho de participación ciudadana que señalamos a continuación.

6.8 El derecho de participación ciudadana tiene por sustento el artículo 31 de la Constitución Política del Estado, que reconoce el derecho de todos los ciudadanos en general del Estado Peruano, de participar en los asuntos públicos; más aún derivando de la democracia participativa confiere a los ciudadanos de intervenir activamente en asuntos políticos, económicos y sociales, mediante mecanismos previamente establecidos por ley¹⁷; en términos generales la participación ciudadana se relaciona con la integración de los ciudadanos, las comunidades en general, en el compromiso de gestión con respeto y participación del colectivo, en aras de una mejor calidad de vida, contribuir con el progreso y desarrollo del país, que puede comprender la participación en la administración pública, en la rendición de cuentas, en la formulación de sugerencias, aportes, etc.

6.9 La participación ciudadana es esencialmente diferente al derecho de consulta de los pueblos tribales e indígenas, y mas bien se relaciona con el derecho de participación contemplado en el inciso 1.b del artículo 6 y del segundo párrafo del artículo 7 del Convenio, señalando este ultimo que *“Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*.

6.10 A diferencia del derecho de la consulta, el derecho de participación ciudadana no se dirige a la obtención de un acuerdo, consentimiento de los ciudadanos, sino que estos, en forma genérica puedan participar activamente en los asuntos que le competen; señalando el Tribunal Constitucional: *“La participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y*

¹⁶ CEACR, Observaciones generales sobre el Convenio núm. 169, publicadas en 2009 y 2011.

¹⁷ Entre los mecanismos de participación ciudadana en política, se encuentra el proceso de consulta popular previsto en el artículo 176 de la Constitución Política, que es estricto es una forma de participación ciudadana sometiendo a consulta de los electores algunos asuntos políticos como la revocatoria a autoridades.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA

EL PERUANO

*cultural de la nación*¹⁸; por otro aspecto la consulta previa no es una simple intervención de los pueblos sino que es acudir a ellos para “consultarles” sobre las medidas que prevé adoptar el Estado y que les puedan afectar, y se orienta a obtener un acuerdo de los pueblos protegidos, y su consentimiento libre e informado cuando corresponda.

6.11 El respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, exige asumir la trascendencia de la protección de estos pueblos que descendiendo de las poblaciones que preexistían al Estado Peruano, fueron sometidos por grupos dominantes, expoliados y maltratados fomentando la discriminación, marginación y exclusión como si fueran “un problema indígena”, con afectación de sus derechos como personas humanas¹⁹; ahora en el siglo XXI que se reconoce el Estado pluricultural dentro de políticas de interculturalidad se orienta a superar la tolerancia encaminando al reconocimiento y respeto de personas humanas iguales, y titulares de derechos fundamentales.

SÉTIMO: Acción Popular contra la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM.

7.1 La Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM impugnada, contiene las normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero; el extremo denunciado es el Título III referido a la Participación ciudadana en los Proyectos de Exploración, que contiene tres capítulos que comprenden los artículos cuarto, quinto, sexto, sétimo, octavo, noveno, décimo y décimo primero, que reglamentan los siguientes temas²⁰:

¹⁸ Fundamento 62, Sentencia del Tribunal Constitucional N° 05427-2009-AC de fecha 30 de junio del 2010.

¹⁹ YRIGROYEN FAJARDO, Raquel, En “Hitos del Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho indígena en las Políticas Indigenistas y el Constitucionalismo Andino”, Publicado en: Berraondo. Mikel (coordinador): Pueblos Indígenas y derechos Humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, paginas 537-567.

²⁰ Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM. TÍTULO III: DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS PROYECTOS DE EXPLORACIÓN

Capítulo 1: Requerimientos generales y obligatorios para la participación ciudadana relacionada con los proyectos de exploración minera. Artículo 4.- Establece los mecanismos de participación ciudadana previos a la presentación de estudio ambiental para exploración minera.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



Capítulo 1: Requerimientos generales y obligatorios para la participación ciudadana en todos los proyectos de exploración minera.

Capítulo 2: Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera Categoría I.

Capítulo 3: Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera Categoría II.

7.2 Los artículos comprendidos en los capítulos citados, regulan específicamente "la participación ciudadana" en los proyectos de exploración minera; no encontrando alusión ni referencia al proceso de consulta; más aún, el artículo primero de la resolución ministerial precisa la aprobación de "*Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero*".

7.3 En una interpretación sistemática de la norma con el artículo primero del Título Primero de la resolución ministerial, se establece que su objeto es desarrollar los mecanismos de participación ciudadana a que se refiere el Reglamento de Participación Ciudadana aprobado por el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, así como las actividades, plazos criterios específicos, para el desarrollo de los procesos de participación en cada una de las etapas de la actividad minera.

7.4 El decreto remitido, en el artículo primero fija como ámbito de aplicación, "*la participación responsable de toda persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, en los procesos de definición, aplicación de medidas, acciones o toma de decisiones de la autoridad competente, relativas al aprovechamiento sostenible de los recursos*

Artículo 5.- Regula el acceso de la ciudadanía al estudio ambiental para exploración minera presentado a la autoridad.

Artículo 6.- Establece la difusión en la página web de la autoridad competente

Capítulo 2: Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera Categoría I. Artículo

7.- Remisión de aportes, comentarios u observaciones a la autoridad competente.

Capítulo 3: Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera Categoría II. Artículo

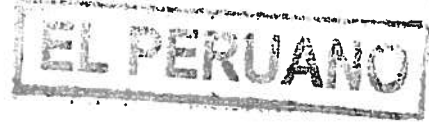
8.- Difusión para la participación ciudadana.

Artículo 9.- Entrega de documentos que acreditan la difusión para la participación ciudadana.

Artículo 10.- Del plazo para formular aportes, comentarios u observaciones

Artículo 11.- De la modificación del EIAAsd por ampliación o modificación de las actividades de exploración Categoría II.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



minerales en el territorio nacional"; por lo que en dicha parte no se varía el tema de participación ciudadana.

7.5 Sin embargo en el artículo cuarto el decreto remitido, regula un tema diferente al de participación ciudadana, señalando:

"El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente reglamento".

7.6 Dicho artículo referido a la consulta, no alcanza a la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM, cuya regulación es exclusiva para los mecanismos de participación ciudadana, entendiéndose que la remisión al Decreto Supremo N° 028-2008-EM, es sólo en lo pertinente a la participación ciudadana, no pudiendo ser de otra manera, pues como se tiene anotado la resolución ministerial es específica para el asunto de la participación ciudadana y el referido decreto es una norma general que contempla más de un caso.

7.7 En ese sentido se concluye que la resolución ministerial regula sobre la participación ciudadana, tratándose de un supuesto diferente al de la consulta de los pueblos indígenas, y no es una norma aplicable a los procesos de consulta previstos en el artículo 6 de la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, por lo que no contraviene ni desnaturaliza el derecho a la consulta prevista en la norma de rango constitucional.

OCTAVO: Acción Popular contra el Decreto Supremo N° 012-2008-MEM.

8.1 El Decreto Supremo N° 012-2008-MEM impugnado, es el Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos; la demandante ha cuestionado la constitucionalidad de los siguientes artículos:

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



a) Artículos 2.1, corresponde al artículo II del Título Preliminar que establece:

"La consulta es una forma de Participación Ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados, a efectos de que antes de emprender a autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas respecto a los posibles impactos sociales, económicos, ambientales y culturales que podrían generarse a partir de su elaboración y/o ejecución".

b) El artículo 2.2 corresponde al artículo II del Título Preliminar y establece:

"Este proceso está orientado a informar y recoger las medidas que objetiva y técnicamente permitan evitar o mitigar posibles impactos ambientales y sociales negativos, así como identificar y recoger las iniciativas, sugerencias y aportes para potenciar o maximizar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto".

c) El artículo 1.1 establece:

"El presente Reglamento regula el proceso de Participación Ciudadana, que conlleva los mecanismos de consulta en las actividades de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos, desde el inicio de la negociación o concurso del Contrato hasta el cierre del proyecto".

8.2 En principio, los artículos no sólo se refieren a la participación ciudadana, pues si bien la emplazada alega lo contrario, resulta de las normas citadas que se refieren expresamente a la consulta, señalando el artículo 2.1 que *"La consulta es una forma de Participación Ciudadana"*; el artículo 1.1 regula *"los mecanismos de consulta en las actividades de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos"*.

La interpretación de estas normas no se puede realizar en forma aislada sino en forma sistemática con el artículo III del Título Preliminar del

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



referido decreto supremo, artículo denominado "*De los derechos de los pueblos indígenas*", y que establece:

"En el desarrollo de las Actividades de Hidrocarburos, el Estado promueve el pleno ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones y sus instituciones.

*La Consulta, como forma de participación ciudadana, llevada a cabo por los pueblos indígenas deberá 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, sus beneficios, en el marco del artículo II del Título Preliminar del presente Reglamento*²¹.

8.3 Las normas se encuentran interrelacionadas en el tema de la consulta de los pueblos indígenas, asimismo se advierte que dichas normas incurren en errores y confusiones al regular el derecho de consulta, pues el derecho a la consulta de los pueblos indígenas protegido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, es conceptual y jurídicamente diferente al derecho de participación ciudadana, como se tiene explicado en el considerando sexto de esta sentencia.

8.4 En ese sentido, cuando el artículo 2.1 del artículo II del Título Preliminar de la norma impugnada al referirse al derecho de consulta de los pueblos indígenas, señala que "*La consulta es una forma de Participación Ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados*"; contraviene el inciso 1.a e inciso 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, por cuanto la consulta en definitiva no es una forma de participación ciudadana, sino un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados de las medidas

²¹ El resaltado en negrita es nuestro.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



legislativas y administrativas que les pudieran afectar, para obtener un acuerdo y en los casos que corresponda obtener su consentimiento.

8.5 Respecto al artículo 2.2 del artículo II del Título Preliminar, en cuanto admite la interpretación, que está referido al proceso de participación ciudadana (más no a la consulta) logra subsistir, cuando precisa que el proceso está orientado a informar, recoger medidas que permitan evitar o mitigar posibles impactos ambientales y sociales negativos, identificar y recoger las iniciativas, sugerencias y aportes para potenciar o maximizar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto. Extremo normativo que es favorable a la población nacional en general y a la protección de sus derechos fundamentales al medio ambiente y recursos naturales protegidos en el artículo 66 de la Constitución Política del Estado como patrimonio de la Nación, artículo 67 de promoción del uso sostenible de los recursos naturales, el artículo 68 de la obligación de promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, y de promoción del desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

8.6 En igual forma resulta favorable para la población en general, lo prescrito en el artículo 1.1 que comprende mecanismos de consulta al proceso de Participación Ciudadana, pues la entidad estatal no sólo se obliga a permitir la participación activa de los ciudadanos en general sino a consultarles en las actividades de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos, desde el inicio de la negociación o concurso del Contrato hasta el cierre del proyecto.

8.7 El artículo III del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM, denominado "De los derechos de los pueblos indígenas", no ha sido materia de impugnación, sin embargo al resolver la presente acción en que las normas denunciadas se relacionan con el artículo anotado, no podemos despojarnos de nuestra función de Jueces Constitucionales, verificando que la norma sea interpretada en armonía y concordancia con lo previsto en las normas constitucionales, pues lo contrario conllevaría al

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



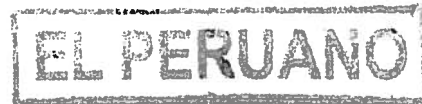
control difuso conforme a lo previsto en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, siendo facultad de los jueces en todo proceso verificar la constitucionalidad de las leyes²².

Rescatando de la disposición reglamentaria, cuando señala que: *"En el desarrollo de las Actividades de Hidrocarburos, el Estado promueve el pleno ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones y sus instituciones"*; que debe interpretarse conforme al respeto estricto de los derechos fundamentales de consulta y participación de dichos pueblos; que cuando se refiere a *"La Consulta, como forma de participación ciudadana, llevada a cabo por los pueblos indígenas, deberá 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, sus beneficios, en el marco del artículo II del Título Preliminar del presente Reglamento"*, está enunciando el respeto al derecho fundamental a la consulta de los pueblos indígenas, asumiendo el compromiso estatal de ejercerlo de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias, para llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto, sus beneficios; lo cual no se limita en el marco del artículo II del Título Preliminar del presente Reglamento, de evitar o mitigar posibles impactos ambientales y sociales negativos y potenciar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto; sino que además debe tenerse en cuenta el marco constitucional de protección del derecho a la consulta en su verdadero sentido, y conforme a la regulación legal de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, que establece en su artículo 1 lo siguiente:

²² Constitución Política del Perú: Artículo 138°. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



"La presente ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253"

Asimismo conforme al artículo 3 de la citada ley que establece:

"La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un dialogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos".

Arribando a una interpretación de la norma en armonía con las normas constitucionales y legales citadas.

NOVENO: Acción Popular contra el Decreto Supremo N° 028-2008-MEM.

9.1 El Decreto Supremo N° 028-2008-MEM Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero es cuestionado en sus artículos 4 y el Capítulo I del Título Segundo, normas que prescriben:

"Artículo 4.- De la consulta.

El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



de los indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades proyectadas son resguardados y en que medida.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 numeral 72.2 de la Ley General del Ambiente N° 28611, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia.

La consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad”.

El capítulo I de Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera, correspondiente al Título segundo de La Participación Ciudadana y el Desarrollo de Actividades Mineras, establece:

“Artículo 12.- De la obligación de informar del Estado y del titular minero.

El Ministerio de Energía y Minas, deberá promover o ejecutar actividades a través de las cuales se informe, a las poblaciones de las áreas con concesiones mineras de titulares de la mediana o gran minería, acerca del alcance del derecho de concesión otorgado por el Estado, de las obligaciones ambientales, de la normativa vigente que regula la actividad, de los derechos y obligaciones de las poblaciones involucradas, de las etapas de la actividad, las tecnologías aplicables, entre otros temas que permitan a la población tener información cierta, oportuna e imparcial sobre la actividad minera.

Es también obligación del titular de una concesión minera, el informar sobre los aspectos señalados en el párrafo anterior. En tal sentido, los

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



titulares pueden cumplir esta obligación en forma individual o conjunta con otros titulares mineros y en coordinación con las autoridades nacionales, regionales o locales del Estado.

El Ministerio de Energía y Minas podrá promover alianzas público-privadas o la constitución de fondos que faciliten la realización de las actividades descritas.

Los Gobiernos Regionales tienen la misma obligación y prerrogativas respecto de las concesiones mineras de la pequeña minería y minería artesanal”.

9.2 El artículo cuarto del reglamento impugnado, se refiere al derecho de la consulta de los pueblos indígenas y tribales, así como lo anota textualmente: *“El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”*; desvirtuando las alegaciones de que la norma no esté referida al derecho fundamental a la consulta; asimismo se establece que la norma vulnera lo previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT cuando prescribe que el derecho a la consulta se ejerce e implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el reglamento; el cual contiene un procedimiento no adecuado para los fines de la consulta.

9.3 Como se tiene desarrollado en el considerando sexto de esta sentencia, la participación ciudadana constituye un derecho diferente; y los procedimientos no son apropiados para ejercer el derecho de consulta, resultando contrario a este derecho fundamental cuando la norma impugnada regula que la finalidad del mismo es sólo “conocer” sobre los intereses de los pueblos indígenas; y cuando indica, que el procedimiento se orienta a establecer acuerdos con los representantes con la finalidad de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, establecer beneficios y medidas compensatorias, no les otorga derecho a veto a las actividades mineras o decisiones de la autoridad.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



Conforme a las normas constitucionales el derecho a la consulta previa se debe realizar de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento libre e informado acerca de las medidas propuestas; lo que no se ha observado en la regulación del artículo cuarto, el cual resulta inconstitucional.

9.4 En el caso del capítulo I de Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera, correspondiente al Título segundo de La Participación ciudadana y el Desarrollo de Actividades Mineras; no se determina infracción constitucional, por cuanto la norma establece la obligación de informar del Estado y del titular minero, a las poblaciones de las áreas con concesiones mineras; lo cual no sustrae al Estado de su obligación de respetar el derecho a la consulta previa cuando se afecten derechos e intereses de pueblos indígenas y tribales.

DÉCIMO: Nulidad de las normas que infringen los derechos fundamentales.

10.1 Conforme a lo expuesto en esta sentencia, se ha determinado que algunas de las normas reglamentarias denunciadas, contravienen el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT en la finalidad, sentido y oportunidad de la consulta a los pueblos indígenas y tribales; reglamentos que no admiten una interpretación compatible con las normas de rango constitucional; resultando fundada la demanda de acción popular respecto de las siguientes normas:

- a) El artículo 2.1 del artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos y,
- b) El artículo 4 del Decreto Supremo N° 028-2008-MEM Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero.

Correspondiendo declarar la nulidad de las disposiciones citadas sin efecto retroactivo, dejando de producir efectos a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia; la decisión de este Supremo

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



Tribunal vincula a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial "El Peruano". La nulidad de las disposiciones reglamentarias, no origina un vacío legislativo, al resultar aplicable en lo que se refiere al derecho de consulta en los procedimientos del sector minería y de hidrocarburos, la Ley N° 29785 Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, y su reglamento el Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

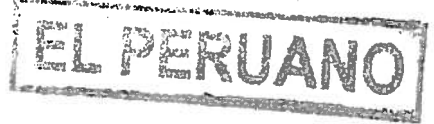
10.2 Se mantiene la vigencia de las siguientes normas impugnadas, por admitir interpretación en armonía con las normas legales, constitucionales y derechos fundamentales, conforme a los términos señalados en esta sentencia:

- a) El Título III de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM.
- b) El capítulo I del Título Segundo, Decreto Supremo N° 028-2008-MEM.
- c) El artículo 2.2 del artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM y,
- d) El artículo 1.1 del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM.

10.3 Como se tiene desarrollado en los considerandos 5.2 y 5.3 de esta sentencia, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, vincula a los Estados Miembros, como es el caso del Perú; siendo responsabilidad del Estado Peruano verificar que se efectivicen los derechos que el convenio reconoce a favor de los pueblos indígenas y tribales; obligación que también alcanza a la emplazada Ministerio de Energía y Minas que como entidad del Estado debe ser responsable que sus actuaciones sean compatibles con los derechos fundamentales.

Más aún, que la mala aplicación del proceso de consulta a los pueblos indígenas, viene generando conflictos sociales como afectación de la economía nacional, como indica el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicaciones de Convenios y Recomendaciones, de la Organización

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



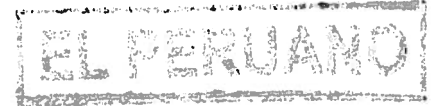
Internacional del Trabajo del año dos mil trece para el Perú²³, habiendo recibido las comunicaciones de la Organización Internacional de Empleadores como de los Pueblos Indígenas, en razón de conflictos sociales producidos en nuestro país relacionados con el incumplimiento del derecho a la consulta; lo que no sólo afecta a los pueblos indígenas, sino también al sector empresarial, como anota la Organización Internacional de Empleadores - OIE sobre las dificultades, costos e impacto negativo del incumplimiento por parte del Estado de la obligación de consulta puede tener en los proyectos de empresas públicas como privadas, observa *"que la mala aplicación e interpretación del requisito de consulta previa puede implicar obstáculos legales y acarrear dificultades para los negocios, afectar a la reputación y tener costos financieros para las empresas, entre otras cosas"*, dificultando la creación de un entorno propicio para el desarrollo económico y social, la creación de trabajo productivo y decente, y el desarrollo sostenible del conjunto de la sociedad. La Comisión de Expertos, insiste en la importancia de llevar consultas de buena fe, producir un verdadero diálogo intercultural, teniendo en cuenta que se ha dejado pendiente dar pleno efecto a las disposiciones del Convenio, es que alienta al Gobierno que *"en consulta con los pueblos indígenas y las otras partes interesadas, se adopten las medidas legislativas correspondientes y se revisen en consecuencia las disposiciones de la legislación vigente"*.

10.4 El derecho a la consulta como derecho fundamental cuenta con una doble dimensión, la subjetiva que comprende las facultades de acción a favor de sus titulares, y objetiva o institucional que alcanza a la entidad pública emplazada, en su obligación como poder público, *"de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad"*²⁴; en la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, su

²³ Conferencia Internacional del Trabajo, 102 Reunión, 2013, Informe III, Parte 1ª; paginas 919 al 922.

²⁴ CASTILLO CORDOVA, Luis, Derechos fundamentales y Procesos Constitucionales, Editorial Grijley, Lima, 2008, Pagina 217.

SENTENCIA
A.P. N° 2232 - 2012
LIMA



ejercicio no se restringe a las atribuciones del titular, involucra el deber de abstención de los demás de no impedirlos, como la obligación del Estado de contribuir que estos derechos sean efectivos y eficaces en su ejercicio; por lo que las normas reglamentarias que inobserven estos derechos no se condicen con la obligación del Estado Peruano de respetar los derechos reconocidos bajo responsabilidad internacional, y social por las repercusiones negativas que acarrea la implementación de procedimientos no adecuados para la consulta previa de los pueblos indígenas; en ese orden han sido nulificadas contribuyendo a la pacificidad social y seguridad jurídica, debiendo tener presente conforme al Convenio que un instrumento apropiado y congruente con el respeto de los derechos de estos pueblos, es el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada.

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones: **REVOCARON** la sentencia apelada emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha veintinueve de setiembre de dos mil once, obrante a fojas doscientos veintiséis, que resuelve declarar **improcedente** la demanda de proceso de Acción Popular instaurado por escrito de fojas treinticuatro, con lo demás que contiene, y **REFORMANDOLA**; declararon **FUNDADA EN PARTE** la demanda de Acción Popular incoada, en consecuencia; declararon la **NULIDAD sin efecto retroactivo** de las siguientes disposiciones infralegales:

1. El artículo 2.1 del artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos y,
2. El artículo cuarto del Decreto Supremo N° 028-2008-MEM Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero.

Las normas citadas dejan de producir efecto a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia, que vincula a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a su