



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 461/2023

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de noviembre de 2023, en sesión de Pleno Jurisdiccional, los magistrados Morales Saravia (presidente), Pacheco Zerga (vicepresidenta), Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, con fundamento de voto que se agrega, Monteagudo Valdez, con fundamento de voto que se agrega, y Ochoa Cardich, con fundamento de voto que se agrega, han emitido la presente sentencia. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente contra la Resolución 25, de fecha 3 de julio de 2019 (f. 1668), expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 30 de setiembre de 2015, la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente (Orpio) y la Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas-SL (Corpi-SL) interponen demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas (Minem) y Proinversión, por omitir consultar con las comunidades nativas afectadas de las regiones de San Martín y Loreto el Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto “Línea de Transmisión 220KV Moyobamba–Iquitos y Subestaciones Asociadas”, y otros actos administrativos que aprueban e impulsan este proyecto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

Alegan que se ha vulnerado los derechos a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, a la libre determinación (reconocido en el artículo 2.1 de la Constitución) (sic), a la propiedad comunal, (arts. 70 y 88 de la Constitución), a los recursos naturales, a la identidad cultural (art. 2.22) y a la libertad religiosa (art. 2.3). Tales derechos se encuentran reconocidas también en el Convenio 169 de la OIT.

Solicitan que se declare la nulidad de los siguientes actos, que consideran lesivos:

- (i) La Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, publicada en el diario oficial con fecha 5 de mayo de 2011, que aprueba el Primer Plan de Transmisión de la LT 220KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas: la cual decidió cuál ruta seguirá la Línea de Transmisión Eléctrica 220 KV;
- (ii) El acuerdo del consejo directivo de Proinversión adoptado en su sesión de fecha 7 de julio de 2011, publicado el 9 de julio de 2011, que aprobó el plan de promoción que convocó dicho organismo y que rigió el concurso público que otorgó la buena pro para la construcción de la LT 220 KV Moyobamba-Iquitos y subestaciones asociadas (Acuerdo Proinversión N°436-2-2-11), en el que se puso a licitación la ejecución de la LT sobre la ruta ya decidida; y,
- (iii) El Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto “Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Sub estaciones Asociadas”, que celebraron el Ministerio de Energía y Minas y la empresa Líneas de Transmisión Peruana SAC, en el que se aprueba contractualmente la ruta de la Línea de Transmisión Eléctrica 220KV.

Además, solicitan que se ordene a las emplazadas que realicen un proceso de consulta previa a las comunidades susceptibles de ser afectadas por el proyecto, para decidir en ese marco cuál es la ruta más adecuada para la LT 220KV Moyobamba-Iquitos. En dicho proceso se deberá dejar constancia de que se buscará obtener el consentimiento libre, previo e informado, y no limitarse a una mera consulta sin



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

consecuencias vinculantes; y además se deberá establecer las potenciales medidas compensatorias e indemnizatorias a favor de los pueblos afectados.

Precisan que el amparo es la vía idónea porque el Decreto Supremo 001-2012-MC no reconoce el derecho a la consulta sobre concesiones eléctricas temporales, ni contratos de concesión, sino que lo niega en virtud de la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, del 20 de julio de 2012. Afirman que el derecho a la consulta previa es subsanable si es que en virtud de una orden judicial se dispone la resolución ministerial que decide la ruta de la línea de transmisión, y puesto que no se ha comenzado con la construcción de la referida línea “los efectos de las medidas administrativas emitidas aún pueden ser reparables”. Sostienen además que el proyecto de Línea de Transmisión Eléctrica Moyobamba-Iquitos no beneficiará a las comunidades indígenas y su diseño no ha sido elegido entre las alternativas menos dañinas.

Refieren que la longitud de la línea ha sido calculada en 636 km; que una subestación intermediaria para compensación reactiva será construida al norte del río Marañón en el distrito de Trompeteros, región de Loreto; que dicha concesión de la línea permitirá incorporar al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) el sistema aislado de Iquitos; y que la concesión se otorga en la modalidad de Concurso de Proyecto Integral, por lo que el adjudicatario será responsable del “diseño, financiación, construcción, operación y mantenimiento del proyecto”.

Aducen que el Trazo Ruta Alternativa 1 cruza cerca a varios territorios indígenas y sobre territorios indígenas; que la alternativa 2, que sería menos perjudicial, no fue tomada en cuenta para ser consultada; y que las entidades demandadas prevén analizar si el proyecto afectará a las comunidades en una etapa que solo permite analizar posibles impactos ambientales, en donde ya no se encuentra en discusión si dicho proyecto ha de realizarse bajo las características licitadas: ejemplo, la ruta Moyobamba-Iquitos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

Aseveran que, mediante un acuerdo bilateral entre el Estado y un consorcio privado, se ha estipulado que no se efectuará ningún proceso de consulta previa antes de la aprobación del EIA.

Esgrimen que el número parcial de comunidades nativas afectadas identificadas en la presente demanda ascendería a 48, y que se ha dejado de lado el análisis sobre afectación de tierras indígenas no tituladas que conforman el territorio integral bajo propiedad, posesión y uso ancestral de dichos pueblos.

Por lo anteriormente expresado, sostienen que el otorgamiento de proyectos de infraestructura eléctrica sobre territorios indígenas es una medida susceptible de afectar directamente al proyecto de vida de los pueblos indígenas que las habitan.

Las demandantes manifiestan que esta afectación se daría en territorios no titulados que forman parte del territorio ancestral de las comunidades afectadas. Así, tanto el Minem como Proinversión, no han evaluado en qué medida los derechos indígenas podrían ser afectados, ni en qué medida la construcción de dicha línea comprometería las fuentes de los recursos naturales que aseguran la subsistencia de estos pueblos. Por el contrario, han retrucado que no existen comunidades afectadas.

Advierten que la no delimitación y demarcación de la propiedad comunal, y la autorización de proyectos de infraestructura en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes, implica una violación del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, tal como lo reconoce la propia Corte en el Caso de la Comunidad Mayagua (Sumo) Awás Tingni.

En tal sentido, acotan que es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana. En el caso, enfatizan las demandantes, ni el Ministerio de Energía y Minas, ni Proinversión, ni la sociedad concesionaria, han cumplido con presentar instrumentos de evaluación ambiental idóneos para la actividad que pretenden realizar.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

Contestación de la demanda

a) Contestación del Minem

Mediante escrito del 23 de enero de 2017, el Minem contesta la demanda y deduce la excepción de incompetencia, porque considera que es mediante una acción popular que se debe cuestionar la Resolución Ministerial 213-2011-MEM/DM. Asimismo, plantea la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, ya que se debió previamente hacer valer el derecho de consulta ante el Minem.

Sostiene que para la aprobación de la Resolución Ministerial 213-2011-MEM/DM se ha tenido en cuenta el Informe Técnico 005-2011-MEM/DGE, informe resumen del Primer Plan de Transmisión; que con la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM tan solo se ha aprobado el Plan de Transmisión de LT 220 KV, sin que implique esta medida administrativa una afectación o peligro de afectación alguna de los derechos colectivos de los pueblos indígenas; que el plan no implica ejecución de las obras del proyecto ni la aprobación del correspondiente Estudio de Impacto Ambiental (EIA); y que es en la segunda etapa del proyecto eléctrico, durante la etapa de aprobación del EIA, donde debe considerarse la realización de un procedimiento de consulta previa.

Indica también que, en virtud de la Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitorias y Finales del Reglamento (Decreto Supremo 001-2012-MC) de la Ley 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*, se establece que la transmisión y distribución de electricidad no requerirá ser sometida al procedimiento de consulta previa. Además, asevera que el 6 de abril de 2011, el Minem llevó a cabo una audiencia pública descentralizada para exponer su propuesta y responder las observaciones recibidas de los interesados. Así, recalca que, durante el proceso de aprobación del plan de transmisión cuestionado, se ha respetado el principio de publicidad del proyecto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

b) Contestación de Proinversión

Con fecha 3 de abril de 2017, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, alegando que de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 29785, *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, las instituciones pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta, y no existe criterio por el cual se pueda obviar la vía administrativa previa.

Igualmente deduce la excepción de prescripción, expresando que dicho plazo comenzó a correr desde el 6 de octubre de 2014, fecha en que el Minem y la sociedad concesionaria suscribieron el contrato de concesión; fecha en la que, además, Proinversión dejó de participar en la promoción del proyecto. Y dado que la demanda fue interpuesta el 30 de setiembre de 2015, el plazo de 60 días ya ha transcurrido.

También plantea la falta de legitimidad para obrar del demandado, porque precisa que Proinversión no tuvo relación directa con la aprobación del plan de transmisión y no fue consultada sobre estos asuntos, debido a que el Minem es la entidad competente para la aprobación del referido acto administrativo. Refiere que el encargado de realizar la propuesta es el Comité de Operaciones Económica del Sistema (Coes,) para luego ser aprobado por el Minem, conforme el literal a del artículo 13 de la Ley 28832. Manifiesta que Proinversión no intervino, de manera directa o indirecta, en la elaboración y aprobación del plan de transmisión, ni en la resolución cuestionada; más aún, en el contrato de concesión se indica que es obligación del concedente organizar y ejecutar la consulta, por lo que queda probado que Proinversión no intervino en la resolución ministerial que supuestamente causaría alguna afectación. Sobre los cuestionamientos de la Sesión 436 de Proinversión, precisa que no implica ninguna omisión, dado que esta acta solo marca las pautas de la intervención de Proinversión, que se encargará de desplegar sus esfuerzos para la obtención de la empresa que actuará como concedente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

Deduce, asimismo, la excepción de obscuridad de la demanda, porque, a su criterio, el petitorio no ha sido expuesto de forma clara, al no establecerse la conexión de la pretensión con los fundamentos de hecho, ni con los medios probatorios. Por último, plantea la excepción de incompetencia, porque el caso debió plantearse mediante una acción popular, dado que se cuestiona una resolución ministerial.

Expresa que en el contrato de concesión se recogió que la “medida administrativa” es la resolución que aprueba la concesión definitiva de la línea eléctrica, sin perjuicio de lo cual las partes reconocen que la oportunidad para ejecutar el proceso de consulta previa será la ocasión de realización del proceso de participación ciudadana, en el marco del procedimiento de aprobación de Estudio de Impacto Ambiental.

Por ello advierte que, sobre la oportunidad de realizar la consulta previa, el contrato de concesión contempla que la consulta previa debe realizarse antes del otorgamiento de concesión definitiva de generación, transmisión, y distribución, y de forma paralela al proceso de participación ciudadana, realizada en el marco del procedimiento de aprobación del EIA. Alega también que la Resolución Ministerial 213-2011-MEM/DM solo aprueba el Plan de Transmisión de la LT 2020 kV, sin que ello implique una afectación o peligro para los derechos colectivos, ya que no implica ejecución de las obras, ni la aprobación del EIA.

Afirma que no es cierto que con la Resolución Ministerial 213-2010-MEM-DM se decidió la ruta de la línea de transmisión, ya que en el Informe 05-2011-MEM/DGE, se observa que no existe ruta definida; y que, de acuerdo con el anexo 3 del contrato de concesión de dicha resolución ministerial, se colige que Proinversión no participó en esa fase del proyecto.

Aclara que es el Comité de Pro Conectividad el que convoca a concurso público internacional; que es a partir de la tercera versión en el momento que se indica que el trazo de la línea eléctrica descrita en el anexo 10 tienen carácter referencial y que con ello se demuestra que lo referido por el demandante -de que se trabajó sobre una ruta ya definida- es falso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

Sobre el hecho de que las que las comunidades afectadas no serían beneficiadas, precisa que el contrato indica que la sociedad concesionaria será responsable de seleccionar la ubicación final, determinar el área requerida adquirir el terreno, habilitarlo y construir la infraestructura necesaria. Con lo que aduce que es falso lo afirmado por el demandante de que no se van a construir subestaciones de suministro en la ruta. Enfatiza además que, al no existir un trazo de una ruta definida, no se puede hablar de un daño a las comunidades nativas, porque la ruta será establecida luego de la consulta previa.

Sentencia de primera instancia o grado

Mediante Resolución 20, de fecha 9 de agosto de 2018, el Juzgado Civil Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Loreto declara fundada, en parte, la demanda, e inaplica la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM y suspende el proyecto, hasta que se cumpla con realizar y culminar la consulta previa. Asimismo, declara infundado el pedido de nulidad presentado por los demandantes.

El *a quo* fundamenta su decisión en las siguientes consideraciones. Argumenta que Proinversión ha expresado un paternalismo jurídico contrario a la consulta previa, cuando dicha entidad manifestó que estaba preocupada por el bienestar de los pueblos indígenas, por lo cual contrató servicio de terceros para el estudio de la viabilidad técnica para la línea.

Aduce que en el trazo por el que pasará la línea de transmisión se hace referencia a comunidades indígenas de la provincia de Nauta, y que estos informes fueron concluidos luego de la Resolución Ministerial 213-2010-MEM-DM y el acuerdo del consejo directivo de Proinversión, lo implica que se asumió que los estudios y la propia obra beneficiaban a los pueblos indígenas.

Por ello, considera que la consulta previa debe realizarse antes de la emisión de la Resolución Ministerial 213-2011-MEM/DM; que existe una incoherencia por cuanto, según el Informe 005-2011-MEM/DGE, para la aprobación del Primer Plan de Transmisión se ha llevado a cabo actividades con la participación del público en general, pero al mismo tiempo no se cumple con el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

Arguye también que en la Sesión 436, el consejo directivo de Proinversión aprobó el Plan de Promoción de Inversión Privada para la Entrega en Concesión del Proyecto Línea de Transmisión, con lo que se muestra la voluntad política y administrativa de poner en ventana a la inversión nacional y extranjera, pero sin cumplir con la consulta previa. Advierte que lo mismo ha ocurrido con respecto al Contrato de Concesión del Proyecto de Línea de Transmisión, que se ha realizado sin consulta previa. Y observa que en la parte II, reglas 2, de dicho contrato, se establece que la consulta será realizada en paralelo a la consulta ciudadana, y que “El concedente declara que, para efectos del desarrollo de la Concesión, no se requerirá consulta previa respecto de ningún acto o medida distinta a la medida administrativa”. En virtud de lo expuesto, el juez ordena que se suspenda la continuación del proyecto hasta que se cumpla con realizar y culminar la consulta previa.

Sentencia de segunda instancia o grado

El *ad quem* declara improcedente la demanda, al considerar que de acuerdo con el escrito de fecha 3 de octubre de 2017, la empresa concesionaria comunicó al Minem la resolución de pleno derecho por imposibilidad de ejecución imputable al concedente del contrato de concesión. Por su lado el Minem, mediante Oficio 214-2017-MEM/VME, de fecha 12 de diciembre de 2017, comunicó a la citada empresa la resolución del contrato de concesión. Asimismo, mediante Oficio 059-2018-MEM/VME, del 26 de setiembre de 2018, el Minem reitera que el contrato de concesión está resuelto, y ha quedado sin efecto legal, por lo que no existe evidencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados. En tal sentido, concluye que el acto lesivo ha cesado, por lo que emite un pronunciamiento inhibitorio.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En la demanda se solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

- (i) La Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, publicada en el diario oficial con fecha 5 de mayo de 2011, que aprueba el Primer Plan de Transmisión de la LT 220KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas, la cual decidió cuál ruta seguirá la Línea de Transmisión Eléctrica 220 KV;
- (ii) El acuerdo del consejo directivo de Proinversión adoptado en su sesión de fecha 7 de julio de 2011, publicado el 9 de julio de 2011, que aprobó el plan de promoción que convocó dicho organismo y que rigió el concurso público que otorgó la buena pro para la construcción de la LT 220 KV Moyobamba- Iquitos y subestaciones Asociadas, en el que se puso a licitación la ejecución de la LT sobre la ruta ya decidida; y,
- (iii) El Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto “Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Sub estaciones Asociadas”, que celebraron el Ministerio de Energía y Minas y la empresa Líneas de Transmisión Peruana SAC.

Cuestión procesal previa

- 2. El *ad quem* ha considerado que al determinarse que el Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto “Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Sub estaciones Asociadas” (en adelante el Contrato de Concesión) ha sido resuelto, correspondía declarar la sustracción de la materia.
- 3. En efecto, con fecha 3 de octubre de 2017, la empresa Líneas de Transmisión Peruanas (LTP) comunicó la resolución de pleno derecho del Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto “Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Sub estaciones Asociadas”. Sostiene que con fecha 24 de agosto de 2017, el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace) notificó a LTP el Auto Directoral 172-2017-SENACE/DCA, del 21 de agosto de 2017, por el que la Dirección de Certificación Ambiental dispuso el traslado del Informe 197-2017-SENACE-J-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

DCA/UPAS-UGS, a fin de que levanten las observaciones formuladas al procedimiento de evaluación ambiental preliminar del proyecto.

4. A criterio de LTP, dichas observaciones son insalvables, ya que el trazado de la línea de transmisión del proyecto exige atravesar la zona del Complejo de Humedales Abanico del Río Pastaza; razón por la cual la alternativa de un trazado alternativo que discurra de manera paralela al río Marañón se encuentra negada por el propio contrato de concesión, que considera como áreas excluidas las áreas naturales protegidas y sus respectivas zonas de amortiguamiento. En virtud de lo sostenido, concluye que se ha generado una imposibilidad de ejecutar el contrato de concesión, imputable al concedente, que no consultó con el Ministerio del Ambiente sobre la viabilidad ambiental de construir una línea de transmisión de gran longitud en la zona Complejo de Humedales Abanico del Río Pastaza. Como consecuencia, entiende resuelto el contrato de concesión y suspende la ejecución de todas las obligaciones relativas al proyecto.
5. Mediante carta recibida por el Minem el 11 de setiembre de 2018, LTP informa de una nueva causal de resolución del contrato de concesión. Precisa que mediante la sentencia de primera instancia se generó una situación por la que se habría incurrido en una grave violación a la cláusula 2.2 b), y del punto II.1) del Anexo 9 del contrato. Ello implicaría, según esta entidad, una causal de resolución del contrato por culpa del concedente, quien, de acuerdo con la sentencia mencionada del *a quo*, debió realizar la consulta antes de aprobar la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, y no en paralelo con la participación ciudadana del EIA. Por ello, sostiene en dicha misiva que el proyecto es inviable y se ha generado una causal de resolución del contrato por culpa del concedente (f. 1718). Mediante Oficio 059-2018-MEM/VME, de fecha 26 de setiembre de 2018, el Minem informa que el contrato de concesión está resuelto (f. 1717).
6. Asimismo, en el recurso de agravio constitucional la recurrente aduce que, si bien el contrato de concesión ha sido resuelto, la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

Resolución Ministerial 213-201-MEM-DM, que aprueba el Plan de Transmisión y el acuerdo directivo de Proinversión adoptado en su sesión de fecha 7 de julio de 2011 (Acuerdo Proinversión N°436-2-2-11), siguen vigentes.

7. Sobre este extremo, respecto a la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, que aprueba el Plan de Transmisión, también ha operado la sustracción de la materia, toda vez que la referida aprueba un plan de transmisión “que se mantendrá vigente a partir del 1 de mayo de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012”. Sin embargo, respecto del Acuerdo de Proinversión N°436-2-2-11, se evidencia que subsiste y mantiene su vigencia; en tal sentido, es sobre esta decisión administrativa que se emitirá pronunciamiento.

I. El régimen de la industria eléctrica en el Perú

1.1. El sector eléctrico en el Perú

8. La industria eléctrica involucra tres procesos: *generación, transmisión y distribución*. Así, en términos de Crew ⁽¹⁾, la *generación* es el proceso mediante el cual se transforman formas de energía provenientes de otras fuentes, como por ejemplo combustibles fósiles o agua almacenada, en electricidad. La *transmisión* es el proceso mediante el cual la electricidad producida es transportada a alta tensión de una central de generación a una subestación, donde es transformada a una tensión menor y entregada a la red de distribución. Finalmente, la *distribución* es el proceso por el cual la electricidad es entregada al usuario final a través de líneas de baja tensión.
9. En el Perú, el sector eléctrico ha mostrado un cambio en función a las *tendencias mundiales*. Según Salvatierra, “en el año 1992, el actor monopólico en el sector eléctrico era el Estado, siendo el único que desarrollaba la actividad de generación, transmisión y distribución que tenía relación directa con los usuarios de tal

¹ Crew, M. (1989). “Competition, Diversification and Diversification and Disintegration in Regulated Industries”. Citado en Santivañez-Seminario, R. (2001). *Desregulación y privatización eléctrica en el Perú*. (p.13).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

servicio, estando prohibida la participación de la empresa privada, salvo para el desarrollo de actividades de auto producción. Este esquema estatal llegó a su fin con la crisis del sector en el año 1992, en que el mismo había llegado a una situación insostenible, reflejándose en la escasa inversión en el sector, déficit de generación y una falta de oferta que era largamente superada por la demanda, instalaciones y redes eléctricas en pésimo estado, tarifas debajo del costo real que restaban la rentabilidad de las empresas públicas, falta de normas de protección a los usuarios, al medio ambiente, de regímenes de calidad, entre otras situaciones que llamaban fuertemente al cambio” (2).

10. En efecto, antes de la reforma de la industria eléctrica peruana, mediante el Decreto Ley 19521 se habían nacionalizado las compañías eléctricas privadas. De este modo, se puso en evidencia el monopolio del Estado que se plasmó en la Ley General de Electricidad de 1972.
11. El referido modelo era ineficiente e inadecuado para atender la demanda de suministro eléctrico del país. Por lo cual, de acuerdo a Villegas, se dio inicio al “proceso de liberalización de la industria de electricidad, el cual se dio a la par del proceso de privatización. Es así que en la industria de electricidad se apostó por ofrecer un marco normativo que permita una oferta de servicio confiable y cuente con una participación activa por parte de los agentes privados” (3).
12. De este modo, el 16 de noviembre de 1992 se publicó el Decreto Ley 28544, que aprobó la Ley de Concesiones Eléctricas y dispuso una reforma desregulatoria en el sector eléctrico, que otorgaba el rol principal a las empresas privadas. Cabe resaltar que, además del referido decreto ley, la normativa eje que involucra el actual

² Salvatierra Combina. R- (2009). “Los Contratos de Concesión en el Sector Eléctrico”. *Revista de Derecho Administrativo*, (14), 407-427. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13459> (p. 317)

³ Villegas Vega, P. (2014). “La servidumbre administrativa en la industria de electricidad”. *Revista De Derecho Administrativo*, (14), 407-427. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13459> (p. 407-408).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

modelo de la industria eléctrica se encuentra principalmente en el Decreto Supremo 09-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas; la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de Generación Eléctrica; y el Decreto Supremo 27-2007-EM, Reglamento de Transmisión.

1.2. El suministro de electricidad como servicio público

13. Dentro de la actual economía social de mercado, el Estado, conforme a lo previsto por el artículo 58 de la Constitución, mantiene un nivel de “orientación” sobre determinadas actividades, pues la supervisión que ejerza garantiza el adecuado funcionamiento de servicios de interés público. En este tenor, este Tribunal ha precisado, en el fundamento jurídico 41 de la Sentencia 00034-2004-PI/TC, que, “hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado”.

14. A mayor abundamiento, en el fundamento jurídico 40 de la referida sentencia se detalla lo siguiente sobre los elementos que constituyen un servicio público:

40. Es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son las siguientes:

- Su naturaleza esencial para la comunidad.
- La necesaria continuidad de su prestación.
- Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.
- La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

15. En ese orden de ideas, para la Administración ⁽⁴⁾, el suministro de electricidad constituye un servicio público clave para operar procesos industriales y sostener el consumo de los usuarios residenciales. La industria eléctrica es una pieza elemental para el desarrollo económico y social, debido a que la electricidad es un insumo esencial para la producción de la mayor parte de los bienes y servicios; siendo un componente básico en la creación de bienestar y calidad de vida de los ciudadanos del país. De ahí que, en el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas, se precise que el suministro, transmisión y distribución de electricidad se constituya como un servicio público:

Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

- a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,
b) La transmisión y distribución de electricidad.
El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.

16. A modo de conclusión, es menester resaltar que en la reciente Sentencia 02151-2018-PA/TC, este Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho fundamental al acceso a la energía eléctrica, y ha reafirmado que esta prestación es un servicio público:

5. [...] En ese orden de ideas, le corresponde al Estado garantizar un acceso mínimo a los servicios de agua, energía eléctrica e internet, a todas las personas, particularmente a los más necesitados y a aquellos que viven en situación de extrema pobreza.

6. Efectivamente, del acceso a la energía eléctrica también puede decirse que se trata de un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente; resulta prácticamente imposible imaginar que sin la presencia de energía eléctrica el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

⁴ Osinergmin. (2017). “La industria de la electricidad en el Perú. 25 años de aportes al crecimiento económico del país”.
[https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios Economicos/Libros/Osinergmin-Industria-Electricidad-Peru-25anos.pdf](https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Osinergmin-Industria-Electricidad-Peru-25anos.pdf) (p.14).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

7. En tal sentido, este Tribunal reconoce que, si bien el derecho de acceso a la energía eléctrica no se encuentra consagrado expresamente en la Constitución, puede ser considerado como un derecho no enumerado conforme a su artículo 3, por cuanto está relacionado “directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho” (cfr. Sentencias 06534-2006-PA/TC y 06546-2006-PA/TC).

17. En suma, se trata de un servicio que concretiza un derecho fundamental no enumerado: el derecho a la energía eléctrica, por lo que su desarrollo debe procurar atender las demandas sociales en una perspectiva global.

II. Las concesiones eléctricas

18. La Ley de Concesiones Eléctricas reconoce dos tipos de concesiones: i) la concesión definitiva, y ii) la concesión temporal. La primera, trata de una concesión de generación, transmisión o distribución final. Así, en el artículo 3 de la Ley de Concesiones Eléctricas, se precisa lo siguiente:

Artículo 3.- Se requiere concesión definitiva para el desarrollo de cada una de las siguientes actividades:

- a) La generación de energía eléctrica que utilice recursos hidráulicos, con potencia instalada mayor de 500 KW;
- b) La transmisión de energía eléctrica, cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbre por parte de éste;
- c) La distribución de energía eléctrica con carácter de Servicio Público de Electricidad, cuando la demanda supere los 500 KW; y,
- d) La generación de energía eléctrica con recursos Energéticos Renovables conforme a la Ley de la materia, con potencia instalada mayor de 500 KW.

19. El plazo y las facultades que otorga se encuentran previstos en los artículos 22 y 24 de la Ley de Concesiones Eléctricas:

Artículo 22.- La concesión definitiva y la autorización se otorgan por plazo indefinido para el desarrollo de las actividades eléctricas. El plazo de las concesiones definitivas que se otorgan como resultado de una licitación pública realizada por el Ministerio de Energía y Minas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

o la entidad a que este encargo es el plazo fijado en la propia licitación, siendo como máximo treinta años.

Artículo 24.- La concesión definitiva permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbres para la construcción y operación de centrales de generación y obras conexas, subestaciones y líneas de transmisión, así como también de redes y subestaciones de distribución para Servicio Público de Electricidad.

20. De este modo, el otorgamiento de la concesión definitiva autoriza el desarrollo de la actividad de manera indefinida y permite que el titular utilice bienes de uso público y se le otorgue el derecho de obtener la imposición de servidumbres. Sin embargo, la obtención de una concesión definitiva se encuentra supeditada al cumplimiento de determinados requisitos, establecidos en el artículo 25 de la Ley de Concesiones Eléctricas:

Artículo 25.- La solicitud para la obtención de concesión definitiva, será presentada al Ministerio de Energía y Minas, con los siguientes datos y requisitos:

- a) Identificación y domicilio legal del solicitante. Si es persona jurídica debe presentar la Escritura Pública de Constitución Social y certificado de vigencia del poder de su representante legal, debidamente inscritos en los Registros Públicos;
- b) Autorización del uso de recursos naturales de propiedad del Estado, cuando corresponda;
- c) Memoria descriptiva y planos completos del proyecto, con los estudios del proyecto a un nivel de factibilidad, por lo menos;
- d) Calendario de ejecución de obras, con la indicación del inicio y la puesta en operación comercial;
- e) Presupuesto del proyecto;
- f) Especificación de las servidumbres requeridas;
- g) Delimitación de la zona de concesión en coordenadas UTM (WGS84) y contrato formal de suministro de energía, en el caso de concesiones de distribución;
- h) Resolución aprobatoria del Instrumento Ambiental
- i) Garantía de Fiel Cumplimiento de ejecución de obras que señale el Reglamento;
- j) Sustento verificable del compromiso de inversionistas para el aporte de capital con fines de la ejecución de las obras, tratándose de concesión de generación;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

k) Informe favorable emitido por una entidad Clasificadora de Riesgo calificada, respecto de la solvencia financiera del solicitante, tratándose de concesión de generación;

l) Certificado de conformidad del Estudio de Pre-Operatividad emitido por el COES, cuando corresponda.

En el proceso de las Licitaciones Públicas a que se refiere el artículo 22, se consideran, los requisitos pertinentes establecidos en el presente artículo.

Luego de la evaluación correspondiente, conforme se disponga en el Reglamento, y que hayan sido cumplidos los requisitos de admisibilidad, la solicitud será admitida a trámite ordenándose la publicación del aviso, la que se efectuará por dos (2) días consecutivos, por cuenta del peticionario, en el Diario Oficial “El Peruano” y en uno de los diarios de mayor circulación donde se ubica la concesión.

21. Como se evidencia, dentro de los requisitos para la obtención de la concesión definitiva, los más importantes y necesarios son: (i) el certificado de pre-operatividad; y, (ii) el estudio de impacto ambiental.
22. El segundo tipo de concesiones es el denominado temporal, que faculta al titular para desarrollar estudios de factibilidad, lo cual le permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbres. A diferencia de la concesión definitiva, ésta tiene un plazo limitado. Sus características se encuentran detalladas en el artículo 23 de la Ley de Concesiones Eléctricas:

Artículo 23.- Se puede otorgar concesión temporal para la ejecución de estudios de factibilidad. Su otorgamiento permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbre temporal. El titular asume la obligación de realizar estudios de factibilidad relacionados con las actividades de generación y transmisión; específicamente, la de realizar estudios de centrales de generación, subestaciones o líneas de transmisión, cumpliendo un cronograma de estudios.

El plazo de vigencia de la concesión temporal es de dos (2) años, pudiendo extenderse una (1) sola vez, a solicitud del titular, hasta por un (1) año adicional, sólo cuando el cronograma de estudios no haya sido cumplido por razones de fuerza mayor o caso fortuito.

El plazo de vigencia de la concesión temporal es de dos (2) años, pudiendo extenderse una (1) sola vez, a solicitud del titular, hasta por un (1) año adicional, sólo cuando el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

cronograma de estudios no haya sido cumplido por razones de fuerza mayor o caso fortuito.

La concesión temporal se otorga por Resolución Ministerial de Energía y Minas y su plazo de vigencia se cuenta desde la fecha de publicación de la resolución de otorgamiento.

Al vencimiento del plazo se extingue de pleno derecho.

La solicitud de concesión temporal, así como la de extensión del plazo, se sujetan a los requisitos, condiciones y garantías establecidos en el Reglamento correspondiente.

23. Tanto las concesiones definitivas como las concesiones temporales otorgan al titular derechos para obtener servidumbres administrativas y el uso de bienes dentro del territorio de la concesión; no obstante, para ello se deben respetar los procedimientos y requisitos aprobados según la normativa aplicable.
24. Resulta claro que las referidas concesiones constituyen actos administrativos. La naturaleza jurídica de la concesión es la de un acto administrativo por antonomasia, según García-Trevijano ⁽⁵⁾. En ese sentido, la concesión definitiva y la temporal son plausibles de generar efectos que modifiquen la esfera jurídica de los administrados.
25. Así las cosas, el propio Contrato de Concesión SGT “Línea de Transmisión 220Kv Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas” reconoce en su Anexo 9 (f.111) que la medida administrativa es la concesión definitiva de la línea eléctrica. Asimismo, se señala que para su desarrollo se requiere la consulta previa respecto de la referida medida administrativa en el sector eléctrico.
26. Lo expuesto deja en claro que la concesión regulada en el marco normativo interno, es una medida administrativa que, en atención a la sociedad multicultural peruana, demanda como parte de este procedimiento, el desarrollo del mecanismo de la consulta previa cuando se trate del otorgamiento de una concesión definitiva en el sector eléctrico.

⁵ García-Trevijano, A. (1986). *Los actos administrativos*. Madrid. Editorial Civitas. (p. 240).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

III. El Sistema Garantizado de Transmisión

27. De conformidad con el artículo 20 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante “SEIN”) tiene un sistema de transmisión que se encuentra integrado por los siguientes:

Artículo 20.- Sistema de Transmisión del SEIN

20.1 El Sistema de Transmisión del SEIN está integrado por instalaciones:

- a) **Del Sistema Garantizado de Transmisión.**
- b) Del Sistema Complementario de Transmisión.
- c) Del Sistema Principal de Transmisión.
- d) Del Sistema Secundario de Transmisión.

28. En el caso en concreto conviene precisar que el Sistema Garantizado de Transmisión (en adelante “SGT”) es el conjunto de activos o instalaciones de transmisión que se construyen como resultado del Plan de Transmisión ⁽⁶⁾. De este modo, el Plan de Transmisión elaborado por el Ministerio de Energía y Minas es construido tras una licitación pública.
29. El objeto de los contratos de concesión SGT es la construcción de una nueva línea de transmisión. El contrato resulta del proceso que Proinversión conduce y la empresa concesionaria obtiene la *buena pro*. Sin embargo, a nivel práctico, “este contrato por sí sólo no permite desarrollar el servicio público de Transmisión, para ello la empresa que gane la buena pro, adicionalmente debe de tener un contrato definitiva de Transmisión, que lo otorga el Ministerio de Energía y Minas. En otras palabras, en estos casos los contratos de

⁶ Artículo 1.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley, todas las expresiones que contengan palabras, ya sea en plural o singular, y que empiezan con mayúscula, tienen los significados que se indican a continuación y son aplicables a los artículos del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE):

29. Sistema Complementario de Transmisión. - Conjunto de activos o instalaciones de transmisión que no conforman el Sistema Garantizado de Transmisión.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

concesión de obra e infraestructura, no son elevados a Escritura Pública ni inscribibles en los Registros Públicos” (7).

30. En efecto, el concesionario “debe cumplir con obtener una serie de permisos y licencias que lo habiliten a iniciar la construcción o a operar el mencionado sistema. Estos títulos habilitantes se refieren en puridad a la obtención de la concesión definitiva de transmisión eléctrica, cuya solicitud debe cumplir con presentar el Certificado de Pre-operatividad, el Estudio de Impacto Ambiental aprobado, y la tramitación del procedimiento de Consulta Previa” (8).
31. Como se aprecia, si bien los contratos de concesión SGT otorgan al concesionario la *buena pro* para construir el proyecto, ello no lo exime de cumplir con el procedimiento administrativo ante el Ministerio de Energía y Minas para obtener la concesión definitiva. En otras palabras, la situación del concesionario se encuentra condicionada a que suscriba un contrato de concesión definitiva, para lo cual ha de cumplir con realizar el procedimiento de la consulta previa. En consecuencia, resulta meridianamente claro que el Contrato de Concesión SGT no otorga *per se* el permiso para iniciar la construcción de la línea de transmisión.
32. En otras palabras, la consulta previa no se elimina del proceso de concesión, sino que se demanda en fase intermedia de la actuación recurrida del presente caso. Si esto es así, ¿no sería acaso importante socializar los proyectos desde el inicio para mejorar los niveles de consulta y de colaboración?

IV. La consulta previa, y el derecho de participación como dimensión internacional y constitucional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y su incidencia en el sector eléctrico

⁷ Salvatierra, R. (2009). “Los contratos de concesión en el sector eléctrico”. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 317-328 (p. 325).

⁸ Manayalle, A., & Ramos, E. (2014). “Aspectos especiales del sistema de transmisión eléctrica”. *Advocatus*, (030), 51-63 (p. 57).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

4.1. El régimen de propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas

33. A nivel constitucional, se ha reconocido un régimen especial de la propiedad para las comunidades campesinas y nativas.

Artículo 89

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. **La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.** El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. [Énfasis nuestro].

34. Asimismo, respecto a la disposición de los recursos naturales ubicados dentro del territorio de las comunidades campesinas y nativas, el artículo 15 del Convenio 169 OIT precisa lo siguiente:

Artículo 15

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

35. A nivel legal, también se reconoce la propiedad comunal de las comunidades campesinas. Veamos el artículo 2 de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas:

Artículo 2

Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. Constituyen Anexos de la Comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad.

36. El Tribunal Constitucional ha sostenido que este derecho forma parte del núcleo de derechos de los pueblos originarios, por cuanto guardan una conexión cultural y espiritual que sustenta su cosmovisión y que excede y trasciende una mera comprensión patrimonial del derecho de propiedad. A modo de ejemplo, se puede citar el fundamento 18 de la Sentencia 00024-2009-PI/TC:

El Tribunal recuerda que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión.

37. Asimismo, comprende la facultad de controlar las intromisiones no permitidas en sus tierras, tal y como se ha precisado en el fundamento 25 de la Sentencia 01126-2011-PHC/TC:

De otro lado, el artículo 18º del Convenio 169 establece que: “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.” En efecto, la Constitución establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa [artículo 88]. Y además prescribe en el artículo 89º que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios. Así, tales herramientas legales permiten ejercer su derecho a la propiedad de su territorio. En tal sentido, resulta claro que las comunidades nativas y campesinas tiene el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad. Cabe precisar, no obstante, que tal derecho de propiedad, como cualquier otro derecho en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como lo son los establecidos en los artículos 66º, 67º, 70º y 72º, entre otros.

38. A mayor abundamiento, este Colegiado, en reciente pronunciamiento, ha señalado que considera pertinente asumir que el concepto integral de territorio de los pueblos indígenas abarca no sólo las áreas tituladas a favor de una comunidad, sino también aquellas que fuera de estas integran el ámbito tradicional de sus actividades culturales, religiosas y económicas, pues en estas las comunidades pueden desarrollarse conforme a su derecho consuetudinario, religión o cultura. (Cfr. Sentencia 03326-2017-PA/TC, fundamento 77).
39. En términos del antropólogo y ex relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, “el concepto de territorio incluye la función productiva de la tierra, pero también abarca el concepto de patria, cultura, religión, lugares espirituales, ancestros, el entorno ambiental, y otros recursos como lo son el agua, los bosques y los recursos subterráneos” ⁽⁹⁾ (Traducción propia). En ese sentido, coincide Macarón ⁽¹⁰⁾, cuando anota que “para los pueblos indígenas la tierra tiene un valor económico y espiritual que obedece a principios filosóficos-religiosos”.

⁹ Stavenhagen, R. (2005). “Indigenous Peoples: Land, Territory, Autonomy, and Self-Determination”. <http://www.foodrst.org/les/bookstore/pdf/promisedland/11.pdf>

¹⁰ Macarón, P. (2017). *Propiedad indígena. Reivindicación de tierras ancestrales*. Astrea. (p. 59).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

40. Si bien el concepto de territorio tiene un sentido distinto para las comunidades campesinas y nativas, es menester resaltar que este *estatus especial* no significa que sea un derecho absoluto. Tienen un derecho a la propiedad para garantizar su desarrollo – incluyendo el sentido de sus actividades culturales, religiosas y económicas– pero este no es absoluto, como ningún derecho fundamental lo es en el Estado constitucional. Así, la consulta previa o la participación no presuponen mayor valor sobre otros derechos fundamentales, sino mecanismos de socialización y de cooperación para afirmar una sociedad más inclusiva y justa en claro respeto a las sociedades heterogéneas que confluyen en el Perú.

V. La participación de los pueblos indígenas como derecho de participación ciudadana y como derecho distintivo

41. Al respecto, este Tribunal aprecia que, si bien son conexos e integradores, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana existen diferencias.
42. Así pues, mientras que el derecho a la consulta previa garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión definitiva 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.** (Cfr. Sentencia 05427-2009-PA/TC, fundamento 62). [Énfasis nuestro]. Esta dimensión de tutela es un derecho continente en donde se puede incardinar la pretensión de los recurrentes: libre determinación, propiedad comunal, recursos naturales, identidad cultural y libertad religiosa (en visión propia).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

43. En efecto, entender ambos derechos dentro de lo que se conceptualiza como consulta previa, no traduce de forma veraz el contenido del artículo 7 del Convenio 169 OIT:

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. 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.** [Énfasis nuestro].

44. Comentando dicho artículo, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-353/14 dimensiona este derecho de forma adecuada:

4.6.2. Según el numeral 1 del artículo 7, se requiere de la afectación directa de la vida, creencias, instituciones, bienestar espiritual y tierras que ocupan dichos grupos, a quienes se reconoce el derecho a “*controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural*”. Este derecho implica, según dice el numeral 1, el deber de “*participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional*”. En el numeral 2 del artículo *sub examine* se establece que mejorar las condiciones de vida y de trabajo y el nivel de salud y educación de los pueblos indígenas o tribales, “***con su participación y cooperación***”, debe ser una prioridad en los planes de desarrollo de las regiones en las cuales habitan.

4.6.3. En los numerales 3 y 4 se prevé el doble deber de los gobiernos de: (i) efectuar estudios, con la cooperación de los pueblos, para evaluar la incidencia de las actividades a desarrollar, y (ii) considerar estos estudios como un criterio fundamental para ejecutar dichas actividades. Y se fija el deber, compartido con los pueblos indígenas o tribales, de proteger y preservar el medio ambiente, por medio de una relación de cooperación.

45. Aunado a ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido en su Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (A/HRC/EMRIP/2010/2), que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

la participación de los pueblos indígenas está presente en una amplia gama de instrumentos internacionales, además del Convenio 169 OIT; entre ellos la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

46. En efecto, a nivel interno, el Ministerio de Cultura ⁽¹¹⁾ ha declarado que “este derecho busca asegurar la incorporación de las prioridades de los pueblos en los planes y programas del Estado. A través de la participación, se les reconoce a los pueblos indígenas la capacidad política y jurídica de actuar activamente en los diversos procesos de desarrollo en los que se vean involucrados pueblos indígenas desde su elaboración hasta su ejecución. Es decir, la construcción del proceso, será conjunta entre el Estado y los pueblos indígenas”.
47. A nivel comparado, cabe mencionar el caso de Ecuador, el cual es un país intercultural y plurinacional¹². Así, de manera concordante, se reconoce el derecho de participación de los pueblos indígenas en el artículo 57, inciso 16, de su Constitución:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

[...]

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

¹¹ Ministerio de Cultura. (2013). “Consulta a los Pueblos Indígenas. Guía metodológica”. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90577/108172/E-1993885983/PER90577.pdf> (p. 14).

¹² Art. 1 de la Constitución. - El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

48. En ese sentido, a nivel legal, Ecuador desarrolla este derecho de participación mediante la Ley Orgánica de Participación Ciudadana publicada el 12 de abril de 2010. Dicho dispositivo reconoce la necesidad de la participación de los actores involucrados dentro de una democracia participativa:

Art. 1.- Objeto.- La presente Ley tiene por objeto propiciar, fomentar y garantizar el ejercicio de los derechos de participación de las ciudadanas y los ciudadanos, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, y demás formas de organización lícitas, de manera protagónica, en la toma de decisiones que corresponda, la organización colectiva autónoma y la vigencia de las formas de gestión pública con el concurso de la ciudadanía; instituir instancias, mecanismos, instrumentos y procedimientos de deliberación pública entre el Estado, en sus diferentes niveles de gobierno, y la sociedad, para el seguimiento de las políticas públicas y la prestación de servicios públicos; fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; y, sentar las bases para el funcionamiento de la democracia participativa, así como, de las iniciativas de rendición de cuentas y control social.

49. Como se advierte, en Ecuador la imperante necesidad de incorporar al debate a los pueblos originarios en los proyectos que se avoquen a la prestación de servicios públicos, es parte de las políticas del Estado.
50. Por otro lado, también resulta pertinente invocar la experiencia en el Estado colombiano respecto a la participación de los pueblos indígenas. Según Rodríguez¹³ “la Carta consagra diversos instrumentos como: (a) la necesidad que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial; (b) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos; y, (c) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades”

¹³ Rodríguez, G. (2015). “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Luchas, contenido y relaciones”. Editorial Universidad del Rosario.
<https://editorial.urosario.edu.co/gpd-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-de-colombia-luchas-contenido-y-relaciones.html> (p.105).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

51. En esta línea, la Corte Constitucional Colombiana ha estipulado en la Sentencia C-891/02, lo siguiente:

En procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiéndole sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, a tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático. (Subrayado nuestro).

52. Este *deber de información* deviene esencial, pues surge del mandato de integración como parte de una democracia participativa en aras de garantizar la contribución y los aportes de los pueblos indígenas en asuntos políticos, económicos, sociales que impliquen actuaciones susceptibles de afectarles directamente. En términos de Macarón ⁽¹⁴⁾, “la exigencia de la participación de los pueblos indígenas es fundamental para cumplir las orientaciones básicas del Convenio 169 OIT, pues nadie más calificado que estos para conocer la mejor manera de adoptar medidas que tutelen sus instituciones sociales y culturales y la protección de su territorio”.
53. Cabe acotar que la tutela del derecho de participación de la Corte Constitucional Colombiana consagra niveles amplios de

¹⁴ Macarón, P. (2017). *Propiedad indígena. Reivindicación de tierras ancestrales*. Astrea (p. 162).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

protección, desde una injerencia mínima a una máxima. En ese sentido se pronuncia en la Sentencia T-298/17:

3.3.2. El nivel de participación y vinculatoriedad de la posición de una comunidad en una consulta depende de los niveles de afectación. Uno directo y uno indirecto. Cuando se presenta un nivel de afectación indirecta la obligación de consulta se limita a la primera faceta del derecho a la participación, es decir, aquella que está asociada a la participación de las comunidades étnicas en organismos decisorios de carácter nacional o la incidencia de sus organizaciones en cualquier escenario de interés. Siguiendo esta lógica, cuando se identifica una afectación directa debe cumplirse la obligación de consulta la cual aumenta o disminuye dependiendo de la intensidad de la afectación. Cuando el nivel de afectación es intenso el deber de participación no se agota en la consulta. Al tratarse de cambios sociales y económicos muy profundos que configuren un nivel de afectación grave, la decisión de las comunidades debe ser vinculante y en este sentido, la simple consulta no es suficiente, sino que se requiere el consentimiento expreso, libre e informado.

54. El referido derecho, entonces, se constituye como necesario para la efectivización de la libre determinación de los pueblos indígenas. Así, si bien difiere del derecho a la consulta, el derecho de participación de los pueblos indígenas garantiza que estos puedan participar activamente en los asuntos que les competen. A modo de ejemplo, Snoeck ⁽¹⁵⁾ destaca que el derecho a la participación de los pueblos indígenas se aplica en la elaboración, aplicación y evaluación de políticas, programas y planes o medidas que les conciernen.
55. Se trata, además, de un deber constitucional, que surge del derecho a la participación en la vida política, social y económica del país reconocido en el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, pero con el énfasis especial que merecen las comunidades nativas, que las distinguen, en atención a su cosmovisión, del resto del colectivo nacional. Factores que, en el derecho comparado, son tomados en cuenta a la hora de ejecutar las políticas públicas.

¹⁵ Snoeck, S. (2013). “Derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen”. https://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/125_Informe_participacion_PPII.pdf (p.5).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

V. El *test* de la distintividad y la necesidad de una exhortación

56. El *test* de la distintividad fue primeramente desarrollado en el caso *R v. Van der Peet* de la Corte Suprema de Canadá. Éste, resultó fundamental para la definición de los derechos de los pueblos aborígenes en los términos del artículo 35 de la Constitución de 1982 de Canadá.
57. De acuerdo con Eisenberg¹⁶, “la Corte Suprema de Canadá diseñó el *test* y un conjunto de criterios para determinar cuando una práctica cultural aborígen debería ser exceptuada de las normas estatales. Así, para que una práctica cultural aborígen reciba protección constitucional debe superar las dos etapas del *test*: en la primera etapa, el demandante deberá demostrar que la práctica en conflicto forma parte integral de la cultura indígena de la comunidad: y, en la segunda etapa, la práctica deberá ser contrabalanceada con el sistema legal con el que entra en conflicto”.
58. Asimismo, el *test* reconoce diez criterios para que una práctica cultural se considere “integral”. Estos son los siguientes, en los términos de la referida sentencia:

Los tribunales deben tener en cuenta la perspectiva de los propios pueblos aborígenes (fundamento 48);

Los tribunales deben determinar con precisión la naturaleza de la reclamación que se formula para determinar si un reclamante aborígen ha demostrado la existencia de un derecho aborígen (fundamento 50);

A fin de ser una práctica integral, la costumbre o la tradición deben tener una importancia fundamental para la sociedad aborígen en cuestión (fundamento 54);

Las prácticas, costumbres y tradiciones que constituyen derechos aborígenes son las que tienen continuidad con las prácticas,

¹⁶ Eisenberg, A. (2012). “El Test de distintividad cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá”. En *Revista de Derecho Constitucional*. Tribunal Constitucional. (Ed.5). (pp. 305-306).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

costumbres y tradiciones que existían antes del contacto (fundamento 59);

Los tribunales deben abordar las normas de la prueba a la luz de las dificultades probatorias inherentes a la resolución de las reclamaciones de los aborígenes (fundamento 67);

Las reclamaciones de los derechos de los aborígenes deben dirimirse sobre una base específica y no general (fundamento 69);

Para que una práctica, costumbre o tradición constituya un derecho aborígen debe tener un significado independiente para la cultura aborígen en la que existe (fundamento 70);

La condición esencial de una prueba cultural distintiva exige que una práctica, costumbre o tradición sea distintiva; no requiere que dicha práctica, costumbre o tradición sean distintas (fundamento 71);

La influencia de la cultura europea solo será relevante para la investigación si se demuestra que la práctica, la costumbre o la tradición solo son integrales debido a esa influencia (fundamento 73);

Los tribunales deben tener en cuenta tanto la relación de los pueblos aborígenes con la tierra como las distintas sociedades y culturas de los pueblos aborígenes (fundamento 74).

59. Tal y como se ha desarrollado *supra*, la concepción del territorio para los pueblos indígenas forma parte de su propia cosmovisión y valores colectivos. En esa línea, el territorio de los pueblos indígenas es complejo, siendo ancestral el uso libre y abierto de los nativos de dichos territorios.
60. En el caso en concreto, según el Informe “Estudio Social de actores clave y territorios involucrados en las áreas de influencia directa e indirecta de la Línea de Transmisión Eléctrica 220KV Moyobamba-Iquitos” ofrecido como medio probatorio por la parte demandante en su escrito de demanda, las comunidades afectadas por el Proyecto pertenecen a diversos pueblos Kechwa Lamas, Shawi, Shiwilu, Quechuas del Marañón y Pastaza, Kandozi, Cocamas, Urarinas y Kucamas (f. 321).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

61. Debe anotarse que los nativos que habitan en una zona no concurren de manera ocasional, sino que su derecho al territorio es constante y forma parte de su propia identidad cultural. Por consiguiente, resulta claro que la relación con la tierra y, en sí, la propiedad indígena, forman parte de una práctica cultural, con lo cual se supera la primera etapa del *test*. En efecto, los nativos transitan dentro de todos estos territorios recolectando frutas, cazando animales, o utilizando el curso del río entre crecidas y bajas.
62. Conforme asevera CEPAL:
- Para la Cosmovisión Indígena, el concepto de Madre Tierra se considera al medio ambiente como “Toda la Vida”, incluyendo los bosques, praderas, la vida marina, el hábitat, los peces y la biodiversidad, teniendo cada una de ellas un significado simbólico que define la relación de estos Pueblos con la tierra, el territorio, el agua, y demás recursos, ya que constituye la base física, cultural y espiritual de su existencia.
- En relación con la madre tierra les obliga a conservar el medio ambiente para la supervivencia de las generaciones del presente y el futuro, asumiendo un rol de guardianes con derechos y responsabilidades, que defienden y garantizan la protección, disponibilidad y pureza, por ejemplo del agua, tal como se establece en la declaración de Kioto de los Pueblos Indígenas sobre el agua del 2003¹⁷.
63. En conclusión, los pueblos Kechwa Lamas, Shawi, Shiwilu, Quechuas del Marañón y Pastaza, Kandozi, Cocamas, Urarinas y Kucamas, si se constituyen en pueblos que mantienen una práctica de uso y dominio en dichas tierras, por lo que corresponde su participación y consideración en el desarrollo de los proyectos que se planifiquen en estos territorios.
64. Respecto a la segunda etapa del *test*, la propiedad de los pueblos indígenas –que involucra a su identidad cultural– se debe contrabalancear con la ausencia de normativa de rango legal sobre participación de los pueblos indígenas. En efecto, si bien el

¹⁷ Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/ponciano_catrin_y_vanessa_curihuinca.pdf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

derecho de participación se encuentra debidamente reconocido en el Convenio 169 OIT, a la fecha, sólo existe un desarrollo legal respecto al derecho a la consulta previa.

65. En función al test de la distintividad, se evidencia que existe una necesidad para la elaboración de una legislación especial. En efecto, desde este enfoque, se justifica el sentido de una exhortación para una nueva legislación, con el objeto de tutelar el derecho a la participación de los pueblos indígenas. Por consiguiente, corresponde precisar que es necesario regular el ejercicio ponderado de esta práctica cultural dentro del despliegue de los proyectos en el sector eléctrico.
66. Se debe poner de relieve que los pueblos indígenas son un grupo social en situación de vulneración tal y como se ha precisado en el fundamento 12 de la Resolución 00906-2009-PA/TC:

Que estando a lo expuesto por este Tribunal y teniendo en cuenta lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú, del 2 de junio del 2000, es necesario puntualizar que la mayoría de las comunidades nativas vive en condiciones de extrema pobreza e inferior calidad de vida. La pobreza estructural afecta a los pueblos indígenas (Comunidades nativas, comunidades campesinas, etc.) con mayor intensidad, restringiéndoles el pleno goce de sus derechos humanos, económicos, sociales y culturales.

De igual forma la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas reconoce la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados, y muestra su preocupación por las injusticias históricas que han sufrido como resultado, entre otras cosas, de la colonización. En el caso particular del Perú la Defensoría del Pueblo mediante el Informe Defensorial N° 134 manifestó que los pueblos indígenas que habitan en la Amazonia peruana conforman uno de los grupos humanos más olvidados y postergados por el Estado. Así mismo refirió que los altos índices de mortalidad y morbilidad que presenta la población indígena amazónica contribuyen a agudizar su situación de fragilidad.

En consecuencia, son un grupo social de especial vulnerabilidad que requiere de una tutela urgente ante la amenaza o lesión de sus



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

derechos constitucionales, fundamentales y colectivos. Por ello este Colegiado considera que el proceso de amparo de acuerdo a lo regulado por el artículo 200, inciso 2, de la Constitución, y el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, resulta idóneo para tal fin; y dada la urgencia advertida este Tribunal no comparte el criterio de considerar aplicable al presente caso el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

67. Debe anotarse, asimismo, que la participación de las comunidades indígenas es una forma de mejorar la relación Estado-comunidad. A través de ella, los procesos se constituyen en legítimos, pues la participación de los sectores involucrados en las diversas políticas públicas implica una fórmula importante para mejorar los mecanismos democráticos. Así, los poderes públicos socializan los proyectos de leyes o decretos legislativos, realizan audiencias y sesiones de rendición de cuentas, entre otras formas de participación. En esa lógica, no pueden estar exceptuadas estas comunidades, sino más bien reforzadas en razón de la distinción que implica *per se* su *modus vivendi* y la posesión de tierras que habitan.
68. En efecto, la tendencia del constitucionalismo actual racionaliza la actuación de los detentadores del poder y aproxima a los ciudadanos en la ejecución de las políticas públicas para superar tratos desiguales. Se procura asentar una fórmula gubernamental que, relativizando los dogmas, sujete el poder a los derechos. Sin duda alguna el objetivo del constitucionalismo liberal moderno, con sus nuevas variantes, se yergue como tarea central en limitar el poder y frenar cualquier forma de autoritarismo, pero, sobre todo, afirmar el mandato constitucional que nos proclama como una sociedad heterogénea (pluriétnica) de conformidad con los artículos 2, incisos 17 y 19, y 89, de la Constitución.

Consideraciones sobre el caso concreto

69. Este Tribunal Constitucional, reitera que existe una obligación de consultar por parte del Estado cada vez que una medida administrativa o legislativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. En este sentido tal y como se ha precisado *supra*, la afectación directa implica un cambio relevante y directo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

en la situación jurídica, lo cual se constituye con el otorgamiento de la concesión definitiva en el sector eléctrico.

70. En el caso en concreto, la concesionaria no suscribió un Contrato de Concesión Definitiva, toda vez que dentro del trámite ante el Minem se consideró que no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 25 de la Ley de Concesiones Eléctricas. De este modo, se torna claro que no se concretizó la medida administrativa que constituía la afectación directa a los pueblos indígenas. Por consiguiente, desde esta perspectiva, puede concluirse que, en el presente caso, no se ha vulnerado el derecho a la consulta previa.
71. Como ya se indicó, el contrato de concesión ha sido resuelto, por lo que no se emitirá un pronunciamiento al respecto. Aunado a ello, se observa que en la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM (f. 7) se aprobó el Primer Plan de Transmisión, vigente desde el 1 de mayo de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012 (f.10), por lo cual, tampoco meritúa un pronunciamiento sobre el fondo.
72. No obstante, la entidad demandante ha indicado que persiste la afectación en virtud de otros actos estatales. Por ello, debe decidirse ahora si es que, para el caso del acuerdo del consejo directivo de Proinversión, adoptado en su sesión de fecha 7 de julio de 2011, la Administración debió llevar a cabo el procedimiento de consulta previa. Al respecto la entidad demandante aduce que el otorgamiento de infraestructura eléctrica sobre territorios indígenas es una medida susceptible de afectar directamente al proyecto de vida de los pueblos indígenas que las habitan y utilizan, de acuerdo con su identidad cultural.
73. Por su parte, con el Acuerdo Proinversión N°436-2-2-11 (f. 13) se conviene aprobar el Plan de Promoción de la Inversión Privada para la entrega en concesión del Proyecto Línea de Transmisión 2020 KV Moyobamba-Iquitos y Subestación Asociadas.
74. Si bien es cierto que el acuerdo del consejo directivo de Proinversión no constituye una afectación directa y, en principio, no genera la obligación de llevar a cabo un proceso de consulta en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

razón de que esta acta solo marca las pautas de la intervención de Proinversión, que desplegará sus esfuerzos para el proceso de promoción del proyecto, también lo es que subyace un deber de información por parte del Estado, fundado en el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones por parte de actores estatales acerca de medidas que afectan sus derechos o intereses por la tutela del derecho fundamental a la participación, y por el derecho especial y distintivo de la participación nativa.

75. En esta línea, y en la medida en que el Estado desarrolle un proceso participativo que permita a las comunidades involucradas conocer el referido proyecto, éste gozará de un mayor nivel de legitimación en consonancia con la búsqueda de la paz social; es por ello que este Colegiado considera que debe evacuarse la legislación necesaria para implementar este proceso participativo y que permita que, en el futuro, casos como este y otros, cuente con un proceso participativo debidamente regulado.
76. En efecto, no debe perderse de vista que este tipo de políticas de diálogo resultan necesarias en el actual modelo constitucional, donde la inclusión, la proscripción de la discriminación y la procura del bienestar permitan la adopción de nuevas medidas que no estigmaticen de forma radical a ningún ciudadano ni grupo poblacional; sino todo lo contrario, alcancen la paz social, nuevo derecho implícito que emerge del cuadro de principios y valores de nuestra Constitución.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a los pedidos de nulidad del contrato de concesión y de la RM 213-2011-MEM-DM, por sustracción de la materia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto al pedido de nulidad del Acuerdo de Proinversión 436-2-2-11.
3. **EXHORTAR** al Congreso de la República que legisle sobre el derecho de participación de los pueblos indígenas referido en el artículo 6 b) del Convenio 169 de la OIT, en el desarrollo de los proyectos eléctricos o similares con las comunidades indígenas, donde estén involucradas colectivamente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH**

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOMÍNGUEZ HARO

Si bien suscribo la sentencia, no obstante, deixo en claro que me aparto de sus considerandos 13 al 17, 56 al 65, y 69, por las siguientes razones:

Me aparto del considerando 69, dado que es incompatible con la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, así como con su reciente sentencia del Exp. 03326-2017-PA/TC (caso Comunidad Campesina Asacasi), adoptada por el actual Pleno de magistrados. La sentencia de autos es contradictoria en relación a si el otorgamiento de una concesión (minero o eléctrica) constituye *per se* una “afectación directa” que active la obligación constitucional de implementar una consulta previa en favor de los pueblos indígenas u originarios.

En la sentencia del Exp. 03326-2017-PA/TC, fundamento 70, este colegiado señaló expresamente que “este Tribunal Constitucional no considera que la concesión es un acto administrativo que constituya en sí mismo un acto de afectación directa que *ope legis* deba ser consultada previamente. Así, a criterio de este Tribunal, la oportunidad de la consulta previa no se rige automáticamente, por ejemplo, por el estado del proyecto minero (concesión, exploración, explotación, ejecución y cierre), sino cuando se advierta que dicha medida administrativa constituye una afectación directa a los pueblos indígenas u originarios; es decir, cuando exista evidencia razonable de que se configura una situación que ponga en riesgo o que además de los impactos ambientales pudiese generar cambios relevantes y directos que produzcan modificaciones en su territorio, modo y estilo de vida, en sus esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, entre otras, que son la base de su cohesión y existencia social”.

Es decir, el concepto de “afectación directa” no está en función a cuál es el estado cronológico del proyecto minero en cuestión (etapa de concesión o exploración o explotación, etc.); sino que se toma en cuenta la existencia efectiva de una situación concreta que sea razonablemente visible que comprometa los intereses de una comunidad indígena u originaria y que, además, produzca un cambio *relevante* en su forma de vida. Y, por supuesto, esta situación concreta puede darse en cualquiera



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

de las etapas de un proyecto minero, no solamente con el hecho del otorgamiento por sí mismo de la concesión minera.

Ahora, este criterio es incongruente con lo que se afirma en el considerando 69 de la sentencia de autos. Esta señala que “la afectación directa implica un cambio relevante y directo en la situación jurídica, lo cual se constituye con el otorgamiento de la concesión definitiva en el sector eléctrico”. Es decir, mientras que en la sentencia del Exp. 03326-2017-PA/TC se toma en cuenta como criterio la existencia de una situación concreta que comprometa en forma relevante los intereses de un pueblo indígena u originario para que se implemente la consulta previa; la sentencia de autos da entender que con el solo acto del otorgamiento de una concesión (en este caso, eléctrica) existe “afectación directa”. Para este último criterio ya no es importante determinar si existe o no una situación concreta que comprometa los derechos de los pueblo indígenas u originarios.

En ese sentido, no suscribo este criterio adoptado por la sentencia de autos, en vista que estoy de acuerdo con la posición adoptada en la sentencia del Exp. 03326-2017-PA/TC, por ser una criterio más detallado y más razonable tanto con el derecho fundamental a la consulta previa como con el deber de Estado peruano de garantizar la inversiones nacionales o extranjeras en el país, así como de asegurar el mejoramiento de los servicios públicos en favor de todos o de las distintas regiones del país.

Por otro lado, también **me aparto de los considerandos 56 al 65**, que se refieren al *test* de distintividad cultural. Considero que esta parte de la sentencia es impertinente con lo que pide la parte recurrente en su demanda, pues en nada contribuye a resolver el caso de autos. Además, dicho *test* se encuentra aplicado incorrectamente. El *test* de distintividad fue concebido por la Corte Suprema de Justicia de Canadá en el caso R. v. Van der Peet del año 1996 para determinar en qué supuestos una práctica cultural ancestral podía excluirse de la obligatoriedad de una norma. Aquí el *test* no tiene razón de ser, porque las comunidades indígenas u originarias involucradas en este proceso no buscan que se les excluyan del cumplimiento de ninguna ley peruana, por el contrario,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

pretenden que se “cumpla” la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.

Además, la normatividad interna ya reconoce como grupos vulnerables a las comunidades indígenas u originarias y, por eso, son actualmente protegidas. Y la tradición cultural de la “propiedad comunal”, a la que también se hace referencia en esta parte de la sentencia, igualmente ya se encuentra reconocida, incluso, por la Constitución en su artículo 88, que establece que el Estado “Garantiza el derecho a la propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa”; así como por la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, en su artículo 2. Por eso, estimo que no tiene sentido que se aplique en esta controversia dicho el *test*.

También me **aparto de los considerandos 13 al 17**, toda vez que considero que el desarrollo del derecho fundamental al acceso a la energía eléctrica tampoco resulta pertinente para resolver la reclamación de la demanda.

Finalmente, en relación al punto resolutivo 3 de la sentencia, si bien debe optimizarse el derecho de participación de los pueblos indígenas y nativos, conforme al artículo 6, numeral 1, literal b, del Convenio 169; no obstante, debo precisar que, al igual que el derecho a la consulta previa desarrollado por este Tribunal, dicho derecho de participación en la toma de decisiones políticas no supone un privilegio de veto.

Dicho esto, suscribo la sentencia.

S.

DOMÍNGUEZ HARO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente fundamento de voto con el objeto de puntualizar las siguientes consideraciones:

Tal como referí en el fundamento de voto que emití en la Sentencia 310/2023, comparto lo indicado en la ponencia, en el sentido que la consulta previa, libre e informada respecto de las comunidades indígenas, no tiene necesariamente que efectuarse antes del otorgamiento de una concesión. En el modelo peruano, las concesiones tienen un reconocimiento constitucional. El artículo 66 señala que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, y que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares. En lo que respecta a las concesiones, se señala que éstas otorgan a su titular un derecho real sujeto a dichas normas legales.

Respecto a la discusión de si la realización de la consulta previa, libre e informada debe efectuarse, necesariamente, antes o después de la concesión, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, dispone que la activación de este derecho se debe efectuar en el caso de afectaciones de carácter directo. Resulta evidente, entonces, que, para determinar el momento en que la consulta debe ser efectuada, es fundamental precisar el alcance de lo que significa afectación directa. Ahora bien, propiamente no existe una definición institucional a nivel internacional de lo que implica este nivel de intervención, por lo que debe analizarse cada caso específico para evaluar si es que la medida adoptada por el Estado ha generado, o no, una afectación de ese tipo. No todas las legislaciones podrán ser evaluadas en los mismos términos, ya que, dependiendo de cada ordenamiento interno, la concesión puede variar en relación con los derechos y facultades que brinda a su titular. De este modo, es conveniente analizar el modelo peruano, a fin de explorar en qué medida el otorgamiento de una concesión puede generar (o no) una afectación directa a los derechos de las comunidades indígenas.

En ese sentido, conviene tener presente que, el Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa, precisa que “se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de dichos pueblos”.

De este modo, si, como puede ocurrir en otros ordenamientos, la concesión generara, por sí sola, que el titular tuviese autorización para desplegar actividades que incidan directamente en el territorio de las comunidades, no existiría controversia alguna respecto de la posibilidad de cuestionar la falta de la realización de la consulta. Sin embargo, en el caso peruano, comúnmente, la realización de esta clase de actos aún se encuentra supeditada a actuaciones administrativas posteriores.

En efecto, el artículo 9 de la Ley 29785 -Ley de Consulta Previa-, dispone que las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas. De este modo, corresponde a las autoridades identificar todas aquellas medidas que puedan afectar directamente a las comunidades, y garantizar la apertura de un proceso de consulta previa, libre e informada. De hecho, en virtud de dicha exigencia legal, existen sectores del Estado que han identificado el momento en que debe efectuarse la consulta¹⁸. Por ejemplo, en el sector minero se dispone lo siguiente:

Medidas Administrativas objeto de Consulta Previa en el Sector Minero	
1	Otorgamiento y modificación de concesión de beneficio
	A. Otorgamiento de concesión de beneficio. B. Modificación de Concesión de Beneficio: para ampliación de Capacidad Instalada o Instalación y/o Construcción de componentes, que impliquen nuevas áreas (incluye depósitos de relaves y/o plataformas de lixiviación).
2	Autorización para inicio/reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación en concesiones mineras metálicas, no metálicas, y modificatorias
	A. Inicio de las actividades de exploración. B. Autorización de las actividades de explotación (incluye aprobación del plan de minado y botaderos).
3	Otorgamiento y modificación de la concesión de transporte minero y de la concesión de labor general
	A. Otorgamiento de concesión de transporte minero B. Modificación de la concesión de transporte minero: para la modificación con ampliación de área

¹⁸ Cuadro elaborado por la Organización Internacional del Trabajo. Se puede consultar, en la página 15, en el siguiente enlace:
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4097371/wcms_821384.pdf?v=1675804474



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

Por otro lado, en el sector hidrocarburos, la normatividad nacional establece lo siguiente sobre el momento de la consulta:

Medidas Administrativas objeto de Consulta Previa en el Sector Hidrocarburos	
1	Decreto Supremo que aprueba la suscripción de Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos de lotes petroleros y gasíferas
2	Concesiones de Transporte de Hidrocarburos por Ductos
	Concesiones de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos
	Modificación de Concesión en caso de Ampliación
3	Autorización de Instalación y Operación de Ducto para Uso Propio y Principal
	Modificación o Transferencia de Autorización de Instalación y Operación de Ducto para Uso Propio y Principal (sólo si es ampliación de terreno para operación del ducto)
4	Informe Técnico Favorable para la Instalación de Plantas de Refinación y Procesamiento de Hidrocarburos y Estaciones de Servicio.

Finalmente, en el sector eléctrico, con el que se encuentra relacionada la materia discutida en esta causa, se prevé que las medidas administrativas objeto de consulta previa son las siguientes:

Medidas Administrativas objeto de Consulta Previa en el Sector Eléctrico	
1	Otorgamiento de Concesión definitiva de Generación, Transmisión y Distribución
	Modificación de Concesión definitiva de generación y transmisión (en caso implique ocupación de nuevas áreas)
2	Otorgamiento de Concesión Rural
3	Otorgamiento de Autorización de Generación Termoeléctrica
4	Otorgamiento de Autorización para Exploración de Recursos Geotérmicos
	Otorgamiento de Concesión para Explotación de Recursos Geotérmicos

Se aprecia, en virtud de lo expuesto, que, en cumplimiento de lo ordenado en la Ley de Consulta Previa, los sectores involucrados han aprobado normatividad orientada a identificar el momento en que debe realizarse el procedimiento respectivo. Del mismo modo, ello acredita que el otorgamiento de una concesión es solo una fase más dentro de lo que sería la probabilidad de la activación de algún proyecto en el territorio de las comunidades indígenas. Ciertamente, se otorga un derecho real a favor



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

del titular, pero este solo lo coloca en una actuación expectante, a la espera que se realicen y aprueben los trámites correspondientes por parte de la administración, los cuales, evidentemente, pueden ser desestimatorios en algunos escenarios. Es por ello que no considero que la consulta deba realizarse, necesariamente, en un momento previo al otorgamiento de la concesión.

Por otra parte, en relación con las comunidades indígenas, el derecho fundamental a la consulta previa y el derecho fundamental de participación, tienen un origen, una naturaleza y alcances que los diferencian.

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el origen del derecho a la consulta previa se encuentra, principalmente, en el artículo 6.1, literal a), del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, el cual establece la obligación del Estado de “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”. Por su parte, la fuente del derecho de participación se encuentra, fundamentalmente, en el literal b) del mismo precepto, el cual dispone la obligación del Estado de “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que 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”.

En ese sentido, considero que, tal como sucedió con el derecho a la consulta, en el caso del derecho a la participación, resultaría singularmente importante la aprobación de una ley de desarrollo para especificar de modo constitucionalmente debido cuáles son los medios a través de los cuales deberá concretarse, así como las etapas y la naturaleza de las decisiones, políticas y programas que, por concernir a las comunidades indígenas, deberán contar con dicha participación. Con ello, no solo resultarían debidamente tutelados los intereses de las comunidades, sino también el principio de seguridad jurídica que debe caracterizar a las actividades económicas del Estado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

Desde luego, dicha ley concretizadora deberá representar una razonable armonización de escucha y participación de las comunidades indígenas conjuntamente con otros sectores concernidos, lo cual implica, entre otras cosas, que el derecho de participación, tal como ocurre con el derecho a la consulta previa, no conlleva un derecho de veto a las políticas públicas de desarrollo, ni el ejercicio de una autoridad administrativa, sino la obligación del Estado de, bajo el principio de buena fe, no minusvalorar ni mucho menos desconocer los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, al momento de formular políticas y programas.

Considero, en ese sentido, que el derecho a la participación de los pueblos indígenas no se agota tan solo en informar o socializar las políticas que les conciernan, sino en una participación que, sin poder condicionarlas irrazonablemente, resulte más integral; y, desde luego, sin que dicho derecho de participación en el marco de la formulación de las políticas y programas que les conciernan, pueda ser confundido con permitir a las comunidades subrogarse en el ejercicio propio de las funciones de las autoridades administrativas al adoptar decisiones concretas institucionales.

No obstante, desde luego, establecer con claridad el contenido y alcances de una participación de tal naturaleza, es algo que escapa a las competencias de la jurisdicción constitucional, siendo un asunto que, como dije, debiera ser concretizado por una ley de desarrollo constitucional.

Por ello, me encuentro de acuerdo con una exhortación dirigida al Congreso de la República, para que, en coordinación con entidades representativas de las comunidades indígenas y otros sectores interesados, elabore y apruebe una ley que concrete el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la participación de dichas comunidades.

En definitiva, me encuentro de acuerdo con declarar la improcedencia de la demanda en relación con su cuestionamiento al contrato de concesión, pues este ha sido resuelto. También con declarar la improcedencia respecto del cuestionamiento a la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, pues ésta aprobó un Plan de Transmisión vigente solo hasta el 31 de diciembre de 2012. Concuerto también con declarar infundada la demanda respecto de la supuesta violación al derecho a la consulta previa en la que incurriría el Acuerdo de Proinversión, pues en modo alguno podría sostenerse que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

éste representa una afectación directa a los intereses de las comunidades. Y, finalmente, por las razones ya referidas, encuentro pertinente exhortar al Congreso de la República para que se elabore una ley que concretice el contenido protegido del derecho de participación de las comunidades indígenas.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

Si bien coincido con lo resuelto en la sentencia y con la conclusión a la que se arriba en el presente caso, estimo pertinente efectuar algunas consideraciones adicionales concernientes a cuestiones de relevancia constitucional como la diversidad cultural y su tratamiento en el caso peruano.

1. En efecto, la entidad demandante solicita la nulidad de: (i) La Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, publicada en el diario oficial con fecha 5 de mayo de 2011, que aprueba el Primer Plan de Transmisión de la LT 220KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas: la cual decidió cuál ruta seguirá la Línea de Transmisión Eléctrica 220 KV; (ii) El acuerdo del consejo directivo de Proinversión adoptado en su sesión de fecha 7 de julio de 2011, publicado el 9 de julio de 2011, que aprobó el plan de promoción que convocó dicho organismo y que rigió el concurso público que otorgó la buena pro para la construcción de la LT 220 KV Moyobamba-Iquitos y subestaciones Asociadas, en el que se puso a licitación la ejecución de la LT sobre la ruta ya decidida; y, (iii) El Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto “Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Sub estaciones Asociadas”, que celebraron el Ministerio de Energía y Minas y la empresa Líneas de Transmisión Peruana SAC.

Se alega la vulneración de sus derechos a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, a la libre determinación (reconocido en el artículo 2.1 de la Constitución) (sic), a la propiedad comunal, (arts. 70 y 88 de la Constitución), a los recursos naturales, a la identidad cultural (art. 2.22) y a la libertad religiosa (art. 2.3).

2. Coincido con la ponencia en que el derecho a la energía eléctrica constituye un atributo fundamental no enumerado. No obstante, estimo también que este requiere entre otros y a los efectos de su concretización, de una regulación de concesiones eléctricas compatible con los dispositivos constitucionales que componen el *corpus iuris* constitucional indígena peruano, a saber, el artículo 2 inciso 19, y los artículos 17, 48, 88, 89 y 149 de la Constitución



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

vigente. Dispositivos que evidencian que nuestra sociedad ostenta una particular característica, es diversa culturalmente. Sobre este factor (la diversidad cultural) quiero pronunciarme a fin de dejar sentada mi postura.

La diversidad cultural – Multiculturalismo, Pluralismo e Interculturalidad

3. Coincido con quienes afirman que nuestro país cuenta con una diversidad cultural incuestionable, la cual constituye a su vez una de sus más grandes riquezas a la par que un desafío para una convivencia igualitaria y pacífica. Toda vez que aún se advierten reclamos de grupos que pretenden un reconocimiento estatal de sus particularidades o manifestaciones culturales como el idioma y las prácticas culturales, no basta solo un ambiente de tolerancia, es necesario propender a un espacio igualitario que garantice el desarrollo de sus proyectos de vida, un escenario de integración sin que este implique la homogenización o asimilación cultural.
4. En este contexto resulta oportuno resaltar la diferencia que estimo existe entre los términos multiculturalismo, pluralismo e interculturalidad. Si bien todos ellos se refieren a la evolución de una sociedad monocultural a una policultural, es decir de una situación en la cual prevalece una cultura a otra en la que se inicia el camino para entender pluralidad de visiones, debe resaltarse que cada una de las mismas describe una situación distinta o etapa de una sociedad diversa culturalmente.
5. En la sociedad pluricultural se reconocen a las culturales minoritarias siempre que estas compartan valores esenciales mínimos con la cultura mayoritaria, verbigracia los derechos fundamentales. Así con tolerancia y respeto se convive en diferencia.
6. La sociedad multicultural, por su parte, se caracteriza porque en ella conviven en el mismo tiempo y en el mismo espacio diversas culturas, en esta sociedad lo esencial es el reconocimiento que coadyuva a una relación igualitaria o simétrica entre diversas culturas, y donde lo esencialmente trascendente es la tolerancia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00151-2021-PA/TC
LORETO
ORGANIZACIÓN REGIONAL DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL
ORIENTE (ORPIO)

7. Si bien, en el fundamento 26 de la ponencia se afirma que la concesión es una medida administrativa que dada la característica multicultural de nuestra sociedad requiere del mecanismo de la consulta previa para su desarrollo cuando se trate de una concesión definitiva juzgo que, en tanto, la consulta previa es un diálogo guiado, entre otros, por el principio de buena fe, nuestra sociedad más que una multicultural es más bien una diversa que aspira ser una sociedad intercultural.
8. Ahora bien, ¿Qué caracteriza a una sociedad intercultural? Pues desde mi óptica de trata de una sociedad en la cual se ha aceptado que no bastan las políticas de discriminación positiva y acción afirmativa propuestas por el multiculturalismo sino que es necesaria la transformación estructural. Parte de dicha transformación es incluir en los espacios públicos como escuelas, universidades, municipios, comisarias, etc., las diferencias y transformar dichos espacios en interculturales, ejemplo la señalética en lenguas originarias en aquellas zonas donde su uso sea predominante – conforme prescribe el artículo 48 de la Constitución-, redactar documentación estatal en idiomas originarios según corresponda y ejecutar políticas de Estado con pertinencia cultural, entre otros. En ella, por cierto, es vital el diálogo o la tolerancia positiva que equivale a comprender al otro tal y como lo señala el profesor Fidel Tubino, La Interculturalidad en Cuestión, fondo PUCP, 2016, pág. 171.
9. De lo expresado estimo que en las circunstancias actuales nuestra sociedad requiere de espacios vitalmente interculturales sin que ello implique que se desconozca que somos un Estado democrático, social, indivisible con gobierno unitario representativo y descentralizado en el cual rige el principio de separación de poderes tal y como prescribe el artículo 43 de nuestra Constitución.

S.

OCHOA CARDICH