

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe sobre la Sentencia recaída en el Expediente N° 023-
2009-PI/TC

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autor:

Karla Ana Paula Fuertes Flores

Asesor:

Gabriela Asunción Ramírez Parc0

Lima, 2022

RESUMEN

En el presente informe jurídico se analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0023-2009-PI/TC que corresponde a la Acción de Inconstitucionalidad planteada por el Señor Gonzalo Tuanamá Tuanamá, en representación de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1079, que establece medidas que garanticen el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas.

Es por ello que se analizará la importancia, creación, zonificación y procedimiento de aprobación de las Áreas Naturales Protegidas en el Perú, las competencias del Ministerio del Ambiente, específicamente el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas - SERNANP, para lograr el Estado cumpla con el mandato constitucional de preservación y uso sostenible de los recursos naturales.

A pesar de que, al momento de los hechos del presente caso, el ordenamiento peruano no contaba con la Ley de Consulta Previa, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo ya había entrado en vigor, por lo cual implicaba una serie de obligaciones para el Estado en la gestión de políticas públicas que involucren a los pueblos indígenas. En ese contexto, se evaluará como la obligación del Estado en materia ambiental se puede llevar a cabo sin afectar los derechos de los pueblos indígenas que se encuentren en dichas áreas protegidas.

Palabras clave

Áreas Naturales Protegidas, Recursos Naturales, Pueblos Indígenas, Consulta Previa

ABSTRACT

This legal report analyzes the Constitutional Tribunal's Decision N° 0023-2009-PI/TC which corresponds to the Unconstitutionality Action filed by Mr. Gonzalo Tuanamá Tuanamá, on behalf of 5000 citizens against Legislative Decree N° 1079, which establishes measures to guarantee the patrimony of Natural Protected Areas.

Therefore, we will analyze the importance, creation, zoning and approval procedure of the Natural Protected Areas in Peru, the competencies of the Ministry of the Environment, specifically the National Service of Natural Protected Areas - SERNANP, and the disposition of natural resources to achieve the State's compliance with the constitutional mandate of preservation and sustainable use of natural resources.

Despite the fact that, at the time of the facts of this case, the Peruvian legal system did not have the Prior Consultation Law, Convention No. 169 of the International Labor Organization had already entered into force, which implied a series of obligations for the State in the management of public policies involving indigenous peoples. In this context, we will evaluate how the State's obligation in environmental matters can be carried out without affecting the rights of the indigenous peoples located in these protected areas.

Keywords

Natural Protected Areas, Natural Resources, Indigenous Peoples, Prior Consultation, Indigenous Peoples, Prior Consultation

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
1. Justificación de la elección de la resolución.....	2
1. Presentación del caso y análisis.....	3
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	4
1. Antecedentes.....	4
2. Hechos relevantes del caso.....	5
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	8
1. Problema principal.....	8
2. Problemas secundarios.....	8
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	9
1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	9
2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	9
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	10
1. Sobre el marco general conceptual.....	10
1.1. Las Áreas Naturales Potegidas.....	10
1.1.1. Concepto de ANP, clasificación y zonificación.....	11
1.1.2. Funciones y competencias del SERNANP.....	17
1.1.3. Procedimiento de creación de una ANP.....	18
2. Sobre el derecho a la consulta previa en el procedimiento de creación de un Área Natural Protegida.....	23
2.1. Convenio N° 169 de la OIT: ¿Cuál es el estatus jurídico de los pueblos indígenas en el Perú? 23	
2.2. ¿Cómo se reconoce el derecho de consulta previa en el Perú?.....	27
3. Sobre la existencia de los pueblos indígenas en Áreas Naturales Protegidas.....	32
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	35
VII. BIBLIOGRAFÍA	35

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	023-2009-PI/TC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Administrativo, Ambiental, Constitucional
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	022-2009-PI/TC, 047-2004-AI, 03343-2007-PA
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Gonzalo Tuanamá Tuanamá, en representación de más de 5000 ciudadanos
DEMANDADO/DENUNCIADO	Presidencia del Consejo de Ministros del Estado Peruano
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Constitucional
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

1. Justificación de la elección de la resolución

En el presente informe jurídico se analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0023-2009-PI/TC del 21 de setiembre del 2010 (en adelante, la Sentencia) en base a dos razones principales.

La primera de ella recae en resaltar el rol de la actuación de la administración en materia de preservación de recursos naturales. La regulación de mecanismos para contrarrestar los problemas medio ambientales en el estado peruano es de suma importancia para erradicar la ilegalidad en el aprovechamiento de los recursos naturales como lo son la tala ilegal o contaminación de los recursos hídricos.

En ese sentido, la creación de un organismo público, como el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, para la administración del patrimonio natural resulta ser idóneo para que el Estado cumpla con el mandato constitucional de ser soberano del aprovechamiento de los recursos naturales y promover su uso sostenible, sobre todo para la recuperación de bienes de dominio del Estado.

La segunda de ellas consiste en evaluar el ejercicio de la consulta previa en el ordenamiento peruano en el contexto de la creación de Áreas Naturales Protegidas. Con la incorporación del Convenio N° 169 de la OIT, el Estado asumió obligaciones y responsabilidades en materia de gestión pública cuando se encuentren involucrados derechos de los pueblos indígenas.

Nuestro país no ha sido ajeno de los conflictos sociales debido a la discrepancia sobre la disposición de recursos naturales. Posteriormente a los hechos del presente caso, se ha desarrollado normativa como la Ley de Consulta Previa y pronunciamientos del Tribunal Constitucional como la STC N° 03066-2019-PA/TC, que se alejan a una lectura uniforme de la materia.

Por lo expuesto, en un estado tan diverso como el nuestro, es necesario analizar cómo el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas coincide con la protección de los recursos naturales a través de la creación de Áreas Naturales Protegidas por parte del Estado.

1. Presentación del caso y análisis

La sentencia N° 0023-2009-PI/TC declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N° 1079, decreto que establece el organismo competente y los principios aplicables en los procesos de recuperación de patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas.

De tal manera, en el Decreto, se señala que el Ministerio del Ambiente, a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, era la autoridad competente para administrar el patrimonio ubicado dentro de las Áreas Naturales Protegidas. Antes de ello, esta función le correspondía al INRENA, organismo público descentralizado adscrito al Ministerio de Agricultura. Además, señala que uno de los principios que se aplica a los procedimientos administrativos sobre los asuntos referidos a los recursos naturales es el principio de dominio eminential. A través de la aplicación de este, se señala que el Estado conserva el dominio sobre los recursos naturales.

Ante ello, Gonzalo Tuanamá Tuanamá interpone demanda de inconstitucionalidad argumentando principalmente: la normativa fue emitida sin consulta previa a los pueblos indígenas como ordena el Convenio N° 169 de la OIT y la denominación de dominio eminential limita el derecho de propiedad sobre el territorio de los pueblos indígenas.

El Poder Ejecutivo contesta la demanda señalando que el Convenio N° 169 de la OIT no es aplicable al presente caso, y la inexistencia de una norma en el ordenamiento que establezca los lineamientos, parámetros y procedimientos para la determinación del derecho a la consulta.

Por lo expuesto, en el presente informe se analizará la normativa sectorial sobre la creación de Áreas Naturales Protegidas, la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT en el ordenamiento peruano antes de la entrada en vigor de la Ley de Consulta Previa y cómo las políticas ambientales regulan la existencia de pueblos indígenas en las Áreas Naturales Protegidas.

Ante ello, se plantea como problema principal del caso determinar la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1079, y como problemas secundarios se buscará identificar si los mecanismos de recuperación de los recursos naturales ubicados en las Áreas Naturales

protegidas afectan los derechos de los pueblos indígenas y cómo se configura el derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento peruano.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

1. Antecedentes

El Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos se suscribió el 12 de abril de 2006. Así, mediante Resolución Legislativa N° 28766, fue aprobado por el Congreso de la República del Perú y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de junio de 2006. De esta manera, entró en vigor el 1 de febrero de 2009. Asimismo, su Protocolo de Enmienda fue suscrito por el Estado peruano el 25 de junio de 2007 y aprobado por el Congreso de la República, mediante Decreto Legislativo N° 29054. Luego, sería publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de junio de 2007 y ratificado mediante Decreto Supremo N° 040-2007-RE el 3 de julio de 2007.

Por medio de este Acuerdo, se buscaba dinamizar el comercio entre ambos estados y fortalecer las relaciones en materia de inversiones, telecomunicaciones, compras gubernamentales, el cumplimiento de normas laborales y medioambientales, entre otros.

Dentro de los temas que se abarcaban en el Acuerdo, en el Capítulo XVIII, se abarca la materia de “Medio Ambiente”. Se plantean como principales objetivos la cooperación y colaboración entre las partes sobre políticas ambientales y comerciales, promover la utilización sostenible de los recursos.

Es así que, en el marco de esos compromisos, mediante Decreto Legislativo N° 1013, se crea el Ministerio del Ambiente con fecha 13 de mayo de 2008. Se señala que este ministerio dirige, supervisa y ejecuta la Política Nacional del Ambiente. Asimismo, se le atribuyen funciones normativas, sancionadoras y fiscalizadoras enfocadas a la promoción de la conservación y uso sostenible de los recursos naturales. Dentro de la Segunda y Tercera Disposición Complementaria Final, se dispone la creación del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas y la fusión de la Intendencia de Áreas naturales Protegidas del INRENA, que se encontraba adscrito al Ministerio de Agricultura.

Con dichas medidas, se buscaba crear políticas públicas eficaces contra las actividades de aprovechamiento bajo formas no autorizadas sobre los recursos naturales y contribuir a la competitividad del país mediante una gestión ambiental eficiente.

2. Hechos relevantes del caso

El presente caso se desenvuelve en el marco de una acción de inconstitucionalidad interpuesto por el Señor Gonzalo Tuanamá Tuanamá, en representación de 5000 ciudadanos y al Poder Ejecutivo como emisor de la norma cuestionada.

1. En el marco de la celebración del Tratado de Libre Comercio Perú – Estados Unidos, el 18 de diciembre del 2007, el Congreso de la República, mediante Ley N° 29157, delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. El artículo 2 de dicha normativa señalaba el plazo y las materias delegadas:

Artículo 2.- Plazo y materias de la delegación facultades legislativas

2.1 La delegación a la que se refiere el artículo 1° tendrá un plazo de 180 días calendario y comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias:

a) Facilitación del comercio;

b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado;

c) mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa; para lo cual se solicitará opinión al Poder judicial;

d) promoción de la inversión privada

e) impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidad;

f) promoción del empleo y de las micro pequeñas y medianas empresas;

***g) fortalecimiento institucional de la gestión ambiental;** y,*

h) mejora de la competitividad de la producción agropecuaria” (resaltado nuestro).

2. En virtud de ello, el 27 de junio del 2008, el Poder ejecutivo emite el Decreto Legislativo N° 1079, Decreto que establece medidas que garanticen el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas. Dentro de sus principales disposiciones, se señala lo siguiente

Artículo 2.- Prevalencia de normas especiales

La autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

Artículo 3.- Principios que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas

*2. **Principio de dominio eminential.**- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada uno de ellos. En cualquiera de los casos, **el Estado conserva el dominio sobre estos**, así como sobre los frutos, productos y subproductos, **en tanto ellos no hayan sido obtenidos acorde con el título por los cuales fueron otorgados** (resaltado nuestro).*

3. Frente a ello, el 01 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad bajo los siguientes argumentos:
 - a. La promulgación de la norma se realizó sin consulta previa e informada a los pueblos indígenas, como lo establece el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, por lo cual habría una clara afectación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
 - b. El principio de dominio eminential, bajo el que se sustenta el procedimiento administrativo sobre los asuntos referidos a recursos naturales de las Áreas Naturales Protegidas, desconoce el derecho de propiedad sobre los dichos recursos en los territorios de los pueblos indígenas.
 - c. La materia de la norma no corresponde a aquellas que fueron delegadas en la Ley N° 29157, ya que no guarda relación con las medidas para la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú-Estados Unidos y su protocolo de enmienda.
 - d. No se tomó en cuenta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

4. Con fecha 19 de octubre de 2009, el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, en representación del Poder Ejecutivo, contestó la demanda argumentando lo siguiente:
 - a. La norma en cuestionamiento había sido emitida en el marco de las materias delegadas por el Poder Legislativo debido a que tienen una vinculación directa a la mejora del marco regulatorio y fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.
 - b. Es inexigible someter al DL N° 1079 a un análisis de inconstitucional debido a que, en nuestro derecho interno, no se ha promulgado ninguna ley ordinaria que establezca la implementación del Convenio N° 169 de la OIT. Además, no existe norma que establezca los lineamientos, parámetros y procedimientos para la determinación de la consulta, o materias específicas de consulta.
 - c. El Convenio N° 169 de la OIT no es aplicable al caso debido a que, con el desarrollo de la civilización, gran parte de las comunidades campesinas que eran originalmente ancestrales y/o indígenas ahora son mestizas.
 - d. No existe un incumplimiento de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas debido a que no había sido ratificada por el Estado peruano.
5. En el marco de este proceso, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – SERNANP emite el Informe 189-2009-SERNANP-OAJ. En este informe técnico jurídico, señala que la norma emitida no recae en inconstitucional debido a que cuando se habla de recursos naturales, se debe tener en cuenta el régimen de dominio público al que se encuentra sometido. En ese sentido, el dominio público alcanza a los bienes ambientales que se encuentran dentro de las Áreas Naturales Protegidas.

Por ello, el Decreto Legislativo N° 1079 no afecta ningún derecho de los pueblos indígenas debido a que estos recursos naturales son bienes de dominio público y, por lo cual, el estado es el encargado de que cumplan una finalidad pública o interés nacional. Por lo expuesto, no se cumple con el supuesto de hecho para que se opere el derecho de consulta establecido en el Convenio N° 169 de la OIT.

6. Luego de todo lo expuesto, el 21 de setiembre de 2010, el Tribunal Constitucional analiza la demanda recaída en el expediente N° 0023-2009-PI/TC y determina lo siguiente:

- a. Las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1079 no afectan de manera directa o inmediata la situación jurídica de los pueblos indígenas ya que solo se rige a regular cuestiones relativas a la competencia de una entidad estatal, en este caso el Ministerio de Ambiente, y recoge principios que pretenden regular los procedimientos administrativos que tengan como objeto la tutela de las Áreas Naturales Protegidas.
- b. La norma en su cuestión también cuenta con respaldo en el artículo 66 de la Constitución, el cual señala que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación; por lo cual, el Estado soberano en su aprovechamiento.
- c. En el caso de existir algún conflicto entre las comunidades y las políticas estatales, deberán ser resueltos a través de las reglas de la ponderación con el fin de hacer coincidir el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas con los intereses nacionales.

Por lo cual, el tribunal declara **infundada** la demanda de inconstitucionalidad.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problema principal

- 1.1. ¿Es constitucional el Decreto Legislativo N° 1079, que establece medidas que garanticen el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas?

2. Problemas secundarios

- 2.1 ¿Los mecanismos de recuperación de los recursos naturales ubicados en Áreas Naturales Protegidas, establecidos en el Decreto Legislativo N° 1079, afectan los derechos de territorio y consulta previa de los pueblos indígenas?
- 2.2 ¿Cuál es la importancia de la aplicación de la consulta previa en la constitución de un Área Natural Protegida?

2.3 ¿Es obligatorio para el Estado obtener siempre el consentimiento de los pueblos indígenas para la constitución de Áreas Naturales Protegidas o en la administración de los recursos naturales?

2.4 ¿El procedimiento establecido en la normativa peruana para el establecimiento de establecimiento de Áreas Naturales Protegidas respeta los estándares internacionales y disposiciones constitucionales en materia de pueblos indígenas?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

El Decreto Legislativo N° 1079 es inconstitucionalidad en su fondo, debido a que establece mecanismos de autotutela y recuperación de los recursos naturales ubicados en las Áreas Naturales Protegidas, sin tomar en cuenta la incidencia que tiene sobre el derecho al territorio de los pueblos indígenas.

De esta manera, desconoce lo establecido por el Convenio N° 169 de la OIT, en cuanto señala necesidad de un proceso de consulta previa cuando las medidas administrativas o legislativas presenten una afectación directa a la situación jurídica de los pueblos indígenas. Asimismo, desconoce el desarrollo jurisprudencial planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El proceso de consulta, en tanto debe basarse en la buena fe, no supone un derecho a veto por parte de los pueblos indígenas. En ese sentido, teniendo en cuenta que el Estado, a través de estas medidas, persigue fines constitucionales como la conservación de la biodiversidad, deben procurar enfocar el diálogo a la obtención del consentimiento.

2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

El Tribunal Constitucional al declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N°1079 desconoce el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio.

El derecho de consulta previa ya se encontraba reconocido en el ordenamiento peruano, en tanto, al identificar medidas administrativas o legislativas que afecten de manera directa los derechos de los pueblos indígenas, el Tribunal debió optar por declarar fundada la demanda. Pretender que el dominio del Estado sobre los recursos naturales y el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas no son compatibles entre sí, supone una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Sobre el marco general conceptual

1.1. Las Áreas Naturales Potegidas

El Estado peruano, de acuerdo con la Constitución Política de 1993 (en adelante, la Constitución), se encuentra en la obligación de generar políticas de gestión y/o conservación del ambiente y los recursos naturales. La importancia del cuidado del medio ambiente se relaciona con el ejercicio del derecho fundamental a gozar a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Precisamente, atendiendo a esa obligación, en el artículo 66, se señala son patrimonio de la Nación y el Estado ejerce su soberanía en su aprovechamiento.

Esta obligación cuenta con un desarrollo legal sobre la materia. En primer lugar, la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N° 26821, publicada el 26 de junio de 1997, los define como todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado.

En segundo lugar, la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 (en adelante, LGA), publicada el 15 de octubre de 2005, señala que es una obligación del Estado es crear políticas, normas, instrumentos, entre otros, delimitados a la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Sobre dichas características, Pulgar Vidal señala que “evidencian lo que es la esencia de un recurso natural, su valoración económica, en tanto capacidad o potencial de satisfacer necesidades y, es este grado de valoración el que determina su desarrollo normativo” (2008, p. 40).

De lo expuesto, los recursos naturales y su aprovechamiento tienen en un gran impacto tanto en la naturaleza como en la sociedad que los explota debido a que son indispensables para satisfacer sus necesidades. Además de permitir el ejercicio del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado, también tiene impacto en derechos como a la vida, la salud, identidad cultural, entre otros. En casos particulares, resultan ser los insumos básicos para alimentación o para realizar actividades económicas; por ejemplo, las comunidades campesinas y nativas.

En ese sentido, la protección de los recursos naturales debe estar enfocada en la creación de políticas de conservación que tomen en cuenta la particularidad de cada uno de ellos, el contexto en el que se desarrollan y los fines a los que usualmente son destinados, de tal manera que se asegure su aprovechamiento sostenible.

1.1.1. Concepto de ANP, clasificación y zonificación

Dentro de las formas elaborada por el Estado para la preservación de los recursos naturales, se encuentra la creación de Áreas Naturales Protegidas (en adelante, ANP). Estas contribuyen al cuidado específico y estratégico de ciertas zonas que, por reunir ciertas características, necesitan una regulación especial por parte del Estado.

Debido a la importancia e impacto de las estrategias de conservación, es que se la Constitución, en el artículo 68, ha establecido la obligación del Estado de promover la creación de ANP.

Así, a nivel internacional, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (en adelante, CDB), aprobado por el Estado peruano en 1993, plantea la necesidad de la creación de ANP para la gestión y utilización sostenible de los recursos naturales. Dentro de las obligaciones que plantea, en el artículo 8, se encuentra la creación de un sistema de áreas naturales protegidas en las que se promueva la utilización sostenible, conservación y rehabilitación de la diversidad biológica.

Es así como presenta a las ANP como áreas definidas geográficamente, designadas, reguladas y/o administradas con la finalidad de alcanzar objetivos específicos de conservación”. Es por ello que resulta indispensable que en dichas áreas se tomen medidas especiales para garantizar el mantenimiento de los ecosistemas y especies que contiene.

A nivel nacional, Ley de Áreas Naturales Protegidas, la Ley N° 26834, publicada el 04 de julio de 1997, (en adelante, LANP) las definen de la siguiente manera:

Artículo 1: [...] Son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país.

A partir de ello, se puede concluir que la función principal de las ANP consiste en conservación de los recursos naturales que se encuentren en dichas áreas debido a su importancia de su funcionalidad para el desarrollo del país en diferentes sectores tanto ambientales como económicos. En la misma línea, Pedro Solano señala que las ANP son “un espacio natural que los Estados deciden proteger legalmente por su importancia para conservar la diversidad biológica y el patrimonio natural” (Solano, 2020, p. 24).

Además, de lo expuesto, se puede señalar que las características principales de una ANP es que (i) es un área geográficamente definida, (ii) designada y manejada, (iii) con el fin de alcanzar objetivos específicos de conservación, y (iv) mantiene diferentes tipos de diversidad biológica.

Ahora bien, atendiendo a sus objetivos, la creación de las ANP se da en diferentes niveles de la Administración. Pueden ser áreas de administración nacional, áreas de administración regional y las áreas de conservación privada.

Las áreas de administración nacional son aquellos espacios que, por su composición, tienen trascendencia nacional por su contribución para la preservación de la diversidad (Galvez, 2015, p. 182). Estas se encuentran bajo la administración del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (en adelante, SERNANP). Por otro lado, las áreas de administración regional son administradas por el gobierno regional. Los gobiernos descentralizados son los que tramitan la creación de estas áreas ante el ente rector.

Un caso especial es el de las áreas de conservación privada. Estas no han sido identificadas por la administración sino, son aquellos predios de propiedad privada que, a iniciativa de su propietario y por sus características merecen tal reconocimiento para su cuidado y preservación, otorgando un régimen especial sobre dicha propiedad.

A marzo del 2022, en el Perú, existen 76 ANPs bajo la gestión del SERNANP, 32 áreas de conservación regional y 145 áreas de conservación privada (SERNANP, 2022). Todas ellas cumplen la misma función de conservación; sin embargo, no todas son iguales en cuanto a la intensidad de la protección. Se pueden diferenciar de acuerdo a la naturaleza y objetivos.

En virtud de los objetivos específicos de conservación, el artículo 21 de la LANP contempla una gradualidad que las divide en áreas de uso indirecto y directo.

Por un lado, las áreas de uso indirecto no permiten la extracción de recursos naturales, ni modificaciones y/o transformaciones en el ambiente. Están destinadas para la investigación científica no manipulativa, recreación y turismo, en las zonas que hayan sido ambientadas para este fin. Por otro lado, las áreas de uso directo sí permiten el aprovechamiento o extracción de los recursos naturales de acuerdo con lo que se haya establecido en el Plan Maestro. Por lo cual, podemos determinar que hay áreas naturales que tendrán una supervisión y cuidado más estricto que otras.

Ahora bien, además de la clasificación mencionada, tanto la LANP en el artículo 22 como su reglamento, el Decreto Supremo N° 038-2001-AG (en adelante, el RLANP), en el artículo 49 han establecido categorías de las áreas naturales protegidas que, de acuerdo con los objetivos de conservación, tienen un modelo de gestión diferente.

Parques Nacionales	Espacios que contienen muestras representativas de la diversidad natural del país. Se pueden llevar a cabo actividades con fines científicos, educativos, turísticos y culturales con la regulación debida. Se privilegia el uso científico.
Santuarios Nacionales	Espacios destinados a la protección de hábitats de especies o comunidad de flora y fauna silvestre. Debido a la alta

	fragilidad del área y su función, el uso público podría estar prohibido.
Santuarios Históricos	Espacios destinados a la protección intangible con valores naturales relevantes con significación nacional, debido a que contienen muestras del patrimonio monumental y arqueológicos relevantes para la historia nacional.
Reservas Paisajísticas	Espacios que muestran una armoniosa relación entre hombre y naturaleza. Se excluyen actividades que puedan cambiar significativamente las características del paisaje.
Refugios de Vida Silvestre	Espacios en los cuales es indispensable la intervención activa para garantizar la preservación de hábitats
Reservas Nacionales	Espacios destinados a la conservación de la diversidad biológica y utilización sostenible de recursos de flor y fauna silvestre, acuática o terrestre. Se pueden realizar actividades agrícolas y pecuarias siempre que se aseguren los objetivos del área.
Reservas Comunes	Espacios con fines de preservación enfocados en el beneficio de poblaciones locales, y comunidades campesinas o nativas. Para ello, los beneficiarios son los encargados de la gestión de estas áreas de acuerdo con sus conocimientos en materia de conservación y uso sostenible.
Bosques de Protección	Espacios destinados a la protección de cuencas altas o colectoras, riberas de ríos u otros cursos de agua. Asimismo, protegen la erosión a las tierras frágiles que lo necesiten.
Cotos de Caza	Espacios en los que se prioriza el aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de la caza deportiva. Para ello, es obligatorio contar con un Plan de Manejo.

Por lo expuesto, las categorías establecidas para las ANPs sirven como un instrumento para definir la gestión de las actividades que se llevan a cabo en cada una de ellas de manera

particular. Precisamente, los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y Santuarios Históricos son áreas de uso indirecto; y las Reservas Nacionales, Reservas Paisajísticas, Refugios de Vida Silvestre, Reservas Comunales, Bosques de Protección y Cotos de Caza son áreas de uso directo.

Además de sus categorías, existen zonificaciones dentro de las propias ANPs. “Se asigna a cada área una zonificación donde se podrá realizar ciertas actividades o no, dependiendo de las características y objetivo de cada una” (Galvez, 2015, p. 185). La zonificación contribuye a establecer los usos y niveles de uso permitidos, así como las reglas aplicables a las actividades que se ejecuten en las ANP.

El RLANP señala, en el artículo 60, que la zonificación contribuye a que las áreas puedan ser utilizadas de acuerdo con las necesidades de planificación de cada ANP. Para ello, puede contar con más de una zonificación y no necesariamente debe contar con todas, lo cual dependerá de la determinación de su categoría. Las condiciones para tomar en cuenta para establecer dicha zonificación deben estar establecidas en el Plan Maestro.

Así la LANP señala siete tipos de zonificaciones para las ANP: Zonas de Protección Estricta, Zona Silvestre, Zona de Uso Turístico y Recreativo, Zonas de Aprovechamiento Directo, Zona de Uso Especial, Zona de Recuperación, Zona Histórico Cultural.

Lo mencionado resulta importante en el marco del ordenamiento territorial como instrumento de gestión ambiental. De acuerdo con la LGA, el ordenamiento territorial tiene como finalidad racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar políticas para su conservación y aprovechamiento sostenible. Teniendo en cuenta esta finalidad, la zonificación que se le otorga a determinada área debe ir de la mano con el Plan Director de las ANPs ya que este contiene la política general nacional en materia de ANP.

Fernández de Gatta se refiere al concepto de ordenación del territorio como:

Una política y técnica administrativa dirigida a lograr, a través de instrumentos de planeamiento vinculados a la planificación económica, el desarrollo equilibrado de las economías regionales y la mejora de la calidad de vida y el medio ambiente, y/o fijación de prioridades de usos y actividades sobre el territorio (...) (2011, p. 73).

En ese sentido, el ordenamiento territorial como técnica administrativa busca organizar todas las actividades humanas que se puedan llevar a cabo en el territorio. La administración, tanto a nivel nacional como a nivel regional, tiene la potestad de determinar que actividades resultan más idóneas y apropiadas para determinados espacios bajo directrices, planes u otros instrumentos. Para ello, es necesario concebir al territorio como un conjunto y, por tanto, todas las actividades que se realicen en él deben ser armónicas entre sí. Es así que, utilizando la técnica de ordenación territorial, se pueden generar políticas transversales a todos los sectores con el fin de evitar conflictos.

En la misma línea, López Ramón señala que “será, por ejemplo, normal que los instrumentos de ordenación territorial definan espacios naturales protegibles, correspondiendo al ejercicio de la función ambiental la efectiva o más completa protección de tales espacios” (1996, p. 138).

Por tanto, la creación de ANPs y su zonificación como producto de este ordenamiento contribuye a la conservación del territorio y los recursos naturales que se encuentren en él, sin restringir de manera absoluta las actividades humanas.

Así, atendiendo a la importancia del cuidado de las ANP y teniendo en cuenta la técnica de ordenamiento territorial, el tratamiento especial no solo se circunscribe al área determinada sino a las zonas adyacentes: las zonas de amortiguamiento. En los procesos de planificación de ANPs es indispensable que se evalúe y regule su entorno inmediato, de tal manera que no afecten negativamente al área, sino garanticen su continuidad más allá de sus límites (Solano, 2013, p. 151).

Es por ello que en las zonas de amortiguamiento se pueden realizar actividades siempre y cuando no pongan en riesgo los objetivos del ANP. Al merecer un tratamiento especial, también deben ser identificadas y reguladas en el Plan Maestro. En ese sentido, no se genera un aislamiento del ANP, si no se fomenta su funcionalidad. Así, tanto la zona de amortiguamiento como las ANPs cumplen una función en conjunto: la preservación de la biodiversidad ecológica.

Por lo señalado hasta el momento, resulta válido y constitucional que el Estado elabore políticas que busquen cumplir con su obligación constitucional de conservación de la biodiversidad. A través de instrumentos de gestión ambiental como la zonificación, ordenamiento territorial,

participación de los niveles de gobiernos, entre otros, la creación de ANPs significan una gran herramienta enfocada a preservar los recursos naturales que se encuentren en determinada área.

Así, el DL N° 1079, materia del proceso de inconstitucionalidad, al establecer medidas para que se garanticen la preservación del patrimonio ubicado en las ANPs, tiene una finalidad válida, en tanto busca atender la obligación tanto constitucional como internacional en materia de conservación de biodiversidad. Sin embargo, no bastará con analizar la finalidad para determinar su constitucionalidad sino es necesario identificar los mecanismos para llevar a cabo esta labor.

1.1.2. Funciones y competencias del SERNANP

El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente. Es el ente rector del Sistema Nacional de Áreas Protegidas por el Estado – SINANPE.

De acuerdo con el Decreto Legislativo 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio de Ambiente, publicada el 14 de mayo de 2008, es el encargado de dirigir y establecer políticas públicas para la conservación de las ANPs y de cautelar el mantenimiento de la diversidad biológica. Dentro de sus principales funciones, se encuentra la aprobación de normas y procedimientos para el establecimiento y gestión de las ANP, orientar y apoyar la gestión de ANP, establecer mecanismos de control y fiscalización de la normativa pertinente. De igual manera, como se analizará más adelante, emite opinión previa vinculante sobre la gestión de las ANPs como autorizar las actividades que se requieran para el aprovechamiento de recursos naturales o habilitación de infraestructura en las ANP.

Antes de la publicación del DL N° 1079, el Instituto Nacional de Recursos Naturales – INRENA, organismo público descentralizado del Ministerio de Agricultura, se encargaba de realizar y promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables, la conservación de la biodiversidad silvestre y la gestión sostenible del medio ambiente natural. Luego de la publicación del decreto, el Ministerio de Ambiente, a través del Sernanp, administra el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las ANP y sus servicios ambientales. Por ello, el Reglamento del DL N° 1079 señala que, en representación del Estado, puede realizar actos de recuperación administrativa sobre los elementos del patrimonio de las ANP

debido a que ejerce de manera permanente la posesión inmediata. Dichos actos de recuperación deben tener en cuenta la zonificación y objetivos de las ANPs.

1.1.3. Procedimiento de creación de una ANP

Para el establecimiento de un ANP, se puede partir de dos supuestos: la creación de un área Zona Reservada o el establecimiento directo del ANP.

La Zona Reservada es un régimen transitorio de determinada área que, si bien cumple ciertas condiciones para ser considerada una ANP, es necesario realizar estudios complementarios para determinar factores como su extensión y/o categoría. Como señala el artículo 59 del RLANP, deben contar con un expediente técnico que justifique tal régimen y un plazo máximo para proponer la categoría definitiva, extensión y límites de la ANP.

Ahora bien, el procedimiento de creación de un ANP, de acuerdo con la LANP y al RLANP, depende del nivel de Administración bajo el cual se encuentre.

En cuanto al procedimiento para establecer una Zona Reservada es de la siguiente manera:

- 1) El área de Gestión Técnica del Sernanp elabora un expediente señalando las características más importantes del área.
- 2) Se lleva a cabo el proceso participativo. Se requiere la conformación de una comisión que incluirá la participación del sector privado, las poblaciones locales, Gobiernos Regionales y Municipales para tener una visión integrada de la funcionalidad del área.
- 3) Luego de la recolección de información en el expediente técnico y del proceso participativo, se presenta la propuesta de Zona Reservada.
- 4) La propuesta de Zona Reservada requiere la Opinión Técnica de la Dirección de Desarrollo Estratégico y Opinión Legal de la Oficina de Asesoría Jurídica del Sernanp.
- 5) Con los informes respectivos, se remite el expediente a la Presidencia del Consejo Directivo del Sernanp.
- 6) Se solicita la conformidad del expediente técnico al Consejo Directivo y, luego de aprobarla, encarga su conformidad de norma correspondiente a la Presidencia del Consejo del Sernanp para su tramitación.
- 7) La propuesta de norma para la Zona Reservada del Consejo Directivo se presenta ante el ministerio del Ambiente.

- 8) Para su aprobación, el Ministro propone ante el Consejo de ministros la propuesta de norma.
- 9) Mediante Decreto Supremo, con la aprobación del Consejo de Ministros, se establece al área como Zona Reservada. El RLANP señalaba inicialmente que era por Resolución Ministerial de Agricultura; sin embargo, dicha formalidad para la creación fue modificada por la Ley 30230.
- 10) Posterior a ello, se procede con la publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Al ser un paso previo a la conformación de una ANP, es indispensable que el Sernanp tenga una participación activa y principal en la determinación de una Zona Reservada. Como se puede observar, el Sernanp es quien se encarga de la creación del expediente técnico, elaboración de informes y creación de la propuesta normativa.

Un punto importante dentro del procedimiento de creación es el proceso participativo. La inclusión de agentes diferentes a los que componen el Sernanp como el sector privado y gobiernos regionales contribuye a la coordinación e intercambio de información sobre dichas áreas.

Como se mencionó anteriormente, los gobiernos regionales cumplen un rol fundamental para la propuesta de creación de ANPs de conservación regional; sin embargo, su labor no se agota en tal función. De acuerdo con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, publicada el 18 de noviembre de 2002, los gobiernos regionales ostentan funciones para contribuir a la gestión ambiental. Así, uno de los principios rectores de las políticas y gestión regional es el de sostenibilidad, el cual plantea la búsqueda del uso racional de los recursos naturales en defensa del ambiente y protección de la biodiversidad.

Con mayor precisión, el artículo 53 de la mencionada ley plantea las funciones en materia ambiental y de ordenamiento territorial de manera descentralizada. Dentro de ellas, se encuentran la formulación, planificación, evaluación, ejecución y supervisión de planes, estrategias y políticas ambientales en materia ambiental con la finalidad de contribuir a la conservación de la diversidad biológica.

Por ejemplo, la participación de los gobiernos regionales, a través de la técnica del ordenamiento territorial, permite evaluar las actividades sobre los recursos naturales que se

llevan a cabo en dichas regiones y resultan fundamentales para su desarrollo. Así también, permite identificar de manera más directa el desarrollo de actividades que realizan las comunidades y señalar que áreas requieren de mayor protección.

Justamente, en la Zona de Reserva, la cual apunta a ser un ANP, la participación de los gobiernos regionales es trascendental ya que tienen competencias compartidas de preservación y administración con el gobierno nacional sobre aquellas que se encuentre dentro de su jurisdicción. De igual manera, pueden contribuir a la identificación de los pueblos indígenas asentados en su región y promover su participación en la gestión ambiental.

Ahora bien, para el establecimiento de las ANP, bastante similar al de Zona Reservada (Gálvez, 2015), el procedimiento es el siguiente:

- 1) Se conforma una Comisión para la formulación de la propuesta de ordenamiento territorial para establecer la categoría definitiva de la Zona Reservada. Esta comisión debe estar integrada por las autoridades administrativas correspondientes y los privados que se encuentren interesados.
- 2) El proceso participativo ahora involucra a los actores involucrados. Se integra la participación de las comunidades ubicadas en el área y dependan de los recursos naturales, los gobiernos descentralizados, comunidades campesinas, entre otros. Específicamente, el artículo 43 del RLANP establece el proceso de consulta previa de acuerdo con lo establecido por el Convenio N° 169 de la OIT.
- 3) Se establece la propuesta de la categorización del área.
- 4) La propuesta recibe la Opinión Técnica de la Dirección de Desarrollo Estratégico y Opinión Legal de la Oficina de Asesoría Jurídica del Sernanp.
- 5) El expediente con las opiniones emitidas es remitido a la Presidencia del Consejo Directivo del Sernanp.
- 6) Se solicita la conformidad del expediente técnico al Consejo Directivo para la categorización y se encarga la elaboración de la propuesta al Presidente del Consejo.
- 7) La propuesta de norma elaborada por la Presidencia del Consejo se presenta ante el Ministerio del Ambiente.
- 8) El Ministro evalúa la propuesta y la propone ante el Consejo de Ministros para su aprobación.
- 9) De aprobarse la propuesta, se formaliza la creación del ANP a través de Decreto Supremo y se publica en el Diario Oficial El Peruano.

El proceso de categorización y/o establecimiento de un ANP inicia por iniciativa del Sernanp, quien es el encargado de la formulación de las opiniones técnicas y jurídicas necesarias. Asimismo, la participación del Consejo de Ministros, en cierta medida, pretende garantizar que la política ambiental sea transversal a todo el gobierno. La participación de otros ministerios como el Ministerio de Cultura, Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Energía y Minas, entre otros, permite identificar los potenciales conflictos de interés que podrían generarse con el establecimiento de un ANP sobre las actividades que se realizan en ellas y resolverlos con diligencia.

De igual manera que en la creación de la Zona Reservada, la participación en la zonificación de las ANP resulta fundamental debido a que, como se señaló anteriormente, así lo demanda la ordenación territorial. En la medida que dicha técnica propone ordenar las actividades realizadas en el territorio, los agentes encargados de la planificación “deben tener claridad sobre el qué se quiere lograr, hacia dónde se quiere dirigir la sociedad, cómo transitar el camino y cuál debe ser el tratamiento que debe recibir la base de sustentación ecológica de la sociedad” (Méndez, 1999, p. 15).

Precisamente, en cuanto a la participación de las comunidades campesinas o nativas ubicadas en las ANP, el RLANP contempla de manera indispensable la consulta previa. Se señala específicamente lo siguiente:

Artículo 43:

43.1 El proceso para la categorización definitiva o el de establecimiento de un Área Natural Protegida, **se debe realizar en base a procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (...)**” (Subrayado nuestro).

La inclusión de las comunidades campesinas y nativas resulta importante para la categorización definitiva, debido a que como se ha señalado anteriormente, existen áreas que tienen mayor grado de protección en cuanto a restricciones sobre otras, por lo cual dicha protección se

extiende a los recursos humanos que la contienen. En ese sentido, la categorización definitiva del ANP y, por tanto, la disposición de sus recursos naturales solo será válida si se ha llevado a cabo la consulta previa a los pueblos indígenas en los términos que establece el Convenio N° 169, cuya aplicación analizaremos más adelante.

Por tanto, luego de la formulación de la propuesta de categorización del ANP, precisamente en la etapa de proceso participativo, resulta indispensable llevar a cabo el proceso de consulta previa, incluso cuando se trate de grupos humanos en aislamiento voluntario o contacto inicial.

De igual manera, el artículo 31 de la LANP señala que la administración dará atención prioritaria a asegurar usos tradicionales y los sistemas de vida de las comunidades nativas y campesinas ancestrales que habitan previamente a la determinación de la ANP, debido a la importancia de dichos actores en la conservación de diversidad biológica ubicada en estas áreas.

La participación de estas comunidades no se limita solo en la categorización, sino también en la gestión de luego de la determinación de un área como ANP. Por ejemplo, el artículo 14 del RLANP establece que el Consejo de Coordinación, encargado de identificar necesidades o proponer normas para la gestión de las ANP, puede convocar a las comunidades campesinas o nativas para asuntos que versen en temas específicos.

Pues bien, la creación de ANP es una modalidad idónea para que el Estado cumpla con su obligación de conservación de la biodiversidad. Las finalidades perseguidas y el proceso de creación plantean la presencia de diferentes actores, lo cual resulta indispensable para una gestión ambiental integral. Ejemplo de ello, es la participación y consulta a los pueblos indígenas identificados en dichas áreas.

En tanto, la LANP y el RLANP reconocen la participación de dichos sujetos en el establecimiento de ANP, las normativas que contribuyen en su regulación de la materia deben tener en cuenta tal modelo. El DL 1079, al regular los mecanismos de recuperación sobre las ANPs, no contempla la existencia de pueblos indígenas dentro de estas áreas. Por tanto, no evalúa la particularidad ni los objetivos de cada, ejemplo de ello son las ANPs categorizadas como Reservas Comunes.

2. Sobre el derecho a la consulta previa en el procedimiento de creación de un Área Natural Protegida

2.1. Convenio N° 169 de la OIT: ¿Cuál es el estatus jurídico de los pueblos indígenas en el Perú?

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, el Convenio N° 169) ha sido calificado como un Tratado de Derechos Humanos y entró en vigor en el Estado peruano el 02 de febrero de 1995.

En el marco de la aplicación del artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se debe entender que los tratados de derechos humanos ostentan rango constitucional. Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en Sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC, la cual reconoce que los tratados de derechos humanos contribuyen a la interpretación de derechos y libertades reconocidas en la Constitución y, por tanto, son un parámetro de constitucionalidad. Por lo cual, no cabe duda de que el Convenio N° 169, a ser un tratado que versa sobre derechos humanos, ostenta el rango constitucional en el ordenamiento.

El Convenio N° 169 reconoce a los pueblos indígenas derechos colectivos que se traducen en obligaciones del Estado para su cumplimiento. Para ello, intenta señalar cuales son los elementos para identificar a los pueblos indígenas. En su primer artículo, señala que se les considera pueblos indígenas a aquellos que están regidos por sus propias costumbres o tradiciones; y además por descender de poblaciones que habitaban una región geográfica que le pertenece a un país en la época de la conquista, colonización o preexistentes a las delimitaciones fronterizas actuales. Dichos pueblos mantienen instituciones que contribuyen a su organización social, económica, política, entre otras.

En ese sentido, se pueden desprender dos elementos. Por un lado, el elemento objetivo se refiere a la descendencia de los habitantes que ocupaban anteriormente dichos territorios, es decir, el elemento objetivo implica ocupar espacios territoriales originarios que conserven elementos comunes y propios que los diferencien. Por otro lado, el elemento subjetivo que se refiere a la conciencia de pertenecer al grupo en el cual se forja su identidad indígena (Eguiguren, 2016,

p. 64). Es necesario la autoidentificación y/o sentido de pertenencia a la cultura, costumbres, lenguas, tradiciones, entre otros.

Estos elementos permiten plantear una concepción amplia de los pueblos indígenas. La pluralidad de personas que los integran, costumbres, organización, entre otros, resultan ser factores que no permiten esbozar una definición estricta debido a que podría excluir a grupos y/o restringirle derechos.

En el Perú, la titularidad de derechos a los pueblos indígenas se reconoce a partir del artículo 2, inciso 19 de la Constitución. El derecho a la identidad étnica y cultural supone el respeto a la identidad cultural. El Tribunal Constitucional en el Sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA señala que este derecho “consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece” (fundamento 29). Por lo cual, el Estado peruano está en la obligación de respetar y resguardar las manifestaciones de su identidad.

Aunado a ello, la Constitución, en el Capítulo VI, reconoce que las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y les otorga personería jurídica. Además, reconoce su autonomía y la libre disposición de sus tierras. Independientemente de la denominación que se les otorgue, los derechos establecidos en el Convenio también les son atribuibles, “no importa la denominación legal o social que tenga el pueblo en cuestión, siempre y cuando las personas que lo componen cumplan con los elementos objetivo y subjetivo” (Yrigoyen 2008, p. 2). Es por ello que dentro del concepto de pueblos indígenas también se incluye la denominación de comunidades campesinas y nativas que le otorga la Constitución siempre que cumplan con los elementos previamente señalados.

Por tal motivo, si bien no se encontraba vigente al desarrollo del presente caso, la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley N° 29785, publicada el 7 de setiembre de 2011, recoge estos elementos y los nombra como criterios de identificación. Además, reafirma que las denominaciones empleadas no alteran los derechos colectivos que ostentan.

Además de lo mencionado, el artículo 89 de la Constitución reconoce el derecho que ostentan las comunidades campesinas y nativas sobre sus tierras. Señala que pueden hacer uso y libre

disposición de sus tierras. Para efectos del análisis del DL 1079, es necesario identificar que se debe entender por tierra y su vinculación con la consulta previa.

El concepto de tierra debe ser entendido de una manera más amplia. Por un lado, el Convenio N° 169 señala que el término tierra debe incluir el concepto de territorio ya que mantiene una relación estrecha con su cultura y valores espirituales. Por otro lado, señala que este abarca el hábitat de los pueblos indígenas que los ocupan o utilizan de alguna manera. En ese sentido, se debe entender la relación que tiene el territorio con la manifestación su identificación como pueblo indígena y no solo como un espacio geográfico.

Sobre ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), también ha señalado que el concepto de tierras y territorios debe ser entendido de manera amplia. En el Caso Mayagna (Sumo) AwaTigni vs. Estado de Nicaragua se determinó que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (fundamento 149).

Es por ello que debe entenderse el concepto de territorio como aquel que reúne elementos que materializan su organización, en donde confluyen factores políticos, económicos y culturales que reflejen la identidad de los pueblos indígenas, en el marco de la autonomía que les reconoce la Constitución. Lo anteriormente mencionado, será ratificado por el Tribunal Constitucional, en el Caso Comunidad Nativa Tres Islas, en el cual señala que el término territorio debe ser entendido desde una dimensión política, por lo cual, este tiene vocación política de autogobierno y autonomía.

Así, el ejercicio del derecho de propiedad sobre sus territorios, reconocido tanto en el Convenio N° 169 como en la Constitución, incide en el ejercicio de otros derechos de los pueblos indígenas. Por lo cual, la restricción o limitación a este derecho implicaría una afectación a su derecho a la vida, salud, entre otros. Sobre ello, la CIDH también se pronunció sobre ello en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay: “Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros” (fundamento 147).

Por lo cual, la protección del derecho de propiedad sobre los territorios también debe ser extendido a los recursos naturales que lo componen. Principalmente, el Convenio N° 169 señala la importancia de una protección especial de los recursos naturales existentes en sus tierras. Así, los derechos que se le reconocen a los pueblos indígenas son los de participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. De igual manera, en el Caso Pueblo Saramaka vs. Suriman, la CIDH interpretó que “el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio” (fundamento 122).

Lo señalado por la CIDH, sobre la interpretación del vínculo entre el territorio y los recursos naturales con los pueblos indígenas, se basa en que dichos recursos tienen gran relevancia para la subsistencia de sus integrantes y, además, forman parte de su cosmovisión. En ese sentido, el uso y goce tanto del territorio como de los recursos naturales que lo conforman, están estrechamente ligados al ejercicio de su identidad cultural, debido a que forman parte de su actividad económica, social y cultural.

Así, posteriormente reafirmará su posición sobre la importancia la protección de los recursos naturales para los pueblos indígenas para su supervivencia y desarrollo, en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador: “la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida” (fundamento 146).

Vale mencionar que el CDB, en el marco de sus objetivos, en el artículo 8, también planteó que los Estados en la medida de lo posible, deben preservar y mantener las prácticas de las comunidades indígenas y locales para la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad. Con lo cual, se debe buscar priorizar las prácticas y costumbres de los pueblos indígenas, más aún cuando estas contribuyen de manera orgánica a la preservación de los recursos naturales.

Por todo lo expuesto, el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas resulta innegable. A pesar de que, durante el desarrollo de los hechos, no se encontraba vigente la Ley de Consulta Previa, el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas ya se

encontraba integrado en el ordenamiento peruano, tanto en la Constitución con el derecho a la identidad étnica y cultural, como con la entrada en vigor del Convenio N° 169. De esta manera, el desarrollo jurisprudencial de la CIDH contribuyó a definir el contenido y límites de tales derechos.

Precisamente, se determinó que el derecho de propiedad sobre sus tierras se extiende sobre los recursos naturales que se ubican dentro de ellas, en tanto sirvan para su subsistencia y contribuyan a su cosmovisión. Así, se debe preservar las prácticas de los pueblos indígenas como manifestación de su identidad, debido a que “han utilizado históricamente esos recursos naturales, incluso desde antes que se constituyan los Estados” (Peña, 2012, p. 270). Por tanto, las políticas que sean elaboradas por el Estado peruano deberían estar alineadas al respeto de tales derechos.

En el caso materia de análisis, el DL 1079 señala que los recursos naturales que se ubican dentro de las ANP se encuentran bajo dominio del Estado y, por tal motivo, puede establecer acciones de autotutela administrativa para su recuperación. Sin embargo, no toma en cuenta la particularidad de que determinados recursos pueden encontrarse dentro del territorio de pueblos indígenas, ni el impacto que puede generar la falta de acceso a ellos en diferentes aspectos de su desarrollo. Por ello, será importante identificar si es que tal medida constituye una vulneración al derecho de propiedad sobre las tierras de los pueblos indígenas.

2.2. ¿Cómo se reconoce el derecho de consulta previa en el Perú?

Luego de la identificación de los pueblos indígenas y el reconocimiento de sus derechos, el Convenio N° 169, identifica más derechos que no habían sido recogidos a nivel constitucional. Se establece que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre circunstancias que consideren prioridad para su desarrollo. Además, establece que estos pueblos deben participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional que les afecten de manera directa. Es así como se configura el derecho a la consulta previa.

El derecho a la consulta previa no ha sido reconocido en el ordenamiento peruano de manera expresa en la Constitución. A nivel regional, Bolivia y Ecuador han implementado el derecho de consulta previa en sus Constituciones. Por un lado, el artículo 30.II.15 de la Constitución Política del Estado de Bolivia señala de manera expresa que los pueblos indígenas originarios

campesinos cuentan con derecho a ser consultados cuando haya medidas que los afecten. Por otro lado, el artículo 57 numeral 7 y 17 de la Constitución de la República del Ecuador señalan que los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados sobre aquellas medidas legislativas que los afecten y sobre la disposición de los recursos no renovables que se encuentren en sus tierras.

A pesar de que no ser reconocido a nivel constitucional, con la entrada en vigor del Convenio N° 169, el derecho a la consulta previa se tiene por reconocido en el ordenamiento peruano con dicho rango como se mencionó en el acápite anterior. De esta manera, se señala que los estados deben consultar a los pueblos indígenas cuando establezcan medidas que puedan afectarles:

Artículo 6. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

1. (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;**(...)
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de **buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias**, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (resaltado nuestro).

De lo expuesto, se puede determinar que los pueblos indígenas serán consultados cuando la actividad del Estado sea legislativa o administrativa tengan una incidencia directa con el fin de llegar a un acuerdo o consentimiento sobre medidas o actividades que afecten o incidan en su hábitat e identidad (Eguiguren, 2016, p. 62). Así, este proceso se encuentra enfocado a respetar su voluntad y autodeterminación. Por lo cual, se considera que el derecho a la consulta “es esencial para poder asegurar muchos de los derechos de los pueblos indígenas, puesto que es el mecanismo mediante el cual se busca proteger la voluntad real de estos grupos y proteger su derecho a una vida digna” (Bregaglio, Ocampo, Olivera, 2012, p. 33).

Como se señala en el Convenio N° 169, son sometidas a este proceso las medidas que afecten de manera directa en los pueblos indígenas. Por tal referencia, se debe ejercitar tal derecho cuando las medidas legislativas y/o administrativas tengan incidencia diferenciada sobre los pueblos indígenas o cuando tengan un interés particular, tal es el caso de las disposiciones sobre tierras o recursos naturales (Alva, 2010, p. 11). Así, la afectación directa implica un cambio trascendental o afectación sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas.

Ahora bien, es necesario establecer cuáles son las características de la consulta y cómo es que debe ser llevada a cabo. De lo establecido en el Convenio N° 169, la consulta debe ser previa, libre e informada, y llevada a cabo mediante un diálogo basado en la buena fe y a través de un procedimiento adecuado. De igual manera, la Sentencia recaída en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC, señala que las principales características del derecho a la consulta previa son la buena fe, la flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia; e implementación previa del proceso (fundamento 26).

Sobre la buena fe, la consulta debe estar enfocada a obtener un diálogo real entre el Estado y los pueblos indígenas, de tal manera que no se convierta en un procedimiento formal. Ese decir, se deben evitar actitudes obstruccionistas que impidan llegar a un consenso o cumplir con el acuerdo. En el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la CIDH estableció que “las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo” (fundamento 133). Así, deben brindarse todos los medios necesarios y específicos para lograr un acuerdo, mostrar predisposición de ambas partes en las todas etapas de la consulta y respetar los resultados que se den como producto del proceso.

Sobre la flexibilidad, el Convenio ha establecido que la consulta debe llevarse de acuerdo a las circunstancias. Esto implica que la consulta debe plantear “un diálogo intercultural e inclusivo, de reconocimiento de modos de vidas diferentes” (Zambrano 201, p.220). Así, se debe tener en cuenta el lenguaje, las costumbres y todas las manifestaciones de cultura de los pueblos indígenas para que la consulta sea la más idónea al pueblo que se dirige.

Asimismo, la flexibilidad va enfocada a plantear un proceso de consulta ajustada a la medida que el Estado vaya a presentar. El respeto por las etapas de la consulta es indispensable para garantizar el contenido del derecho; sin embargo, el Estado puede utilizar los medios más idóneos para complementar dicho proceso.

Sobre el objetivo de alcanzar un acuerdo, deben enfocarse todos los esfuerzos en llevar a cabo un verdadero diálogo entre las partes. La naturaleza del proceso de consulta es obtener un acuerdo que permita que la medida planteada del Estado no afecte derechos o intereses legítimos de los pueblos indígenas. En ese sentido, la metodología dentro del proceso debe estar dirigida a que dicho diálogo intercultural del caso en concreto.

Sobre la transparencia, resulta trascendental que los pueblos indígenas tengan conocimiento de todos los contenidos y consecuencias que planteen las medidas legislativas o administrativas que son materia de la consulta. Así, el deber de información es indispensable para que los pueblos indígenas puedan tomar decisiones sobre el análisis y conocimiento de la medida.

Sobre la condición de previa, es indispensable que el proceso de consulta sea llevado a cabo antes de la medida que afectará de manera directa. De realizarse de manera posterior a ella, vacía de contenido dicho derecho. “El hecho de que se trate de un diálogo significa que las dos partes deben tener la posibilidad de presentar propuestas, negociar a partir de ellas y llegar a una solución que sea producto del consenso” (Bregaglio, Ocampo, Olivera, 2012, p. 48). En ese sentido, el diálogo de los pueblos indígenas y el Estado no tendría sentido si es que se llevará de manera posterior a la medida adoptada.

A nivel comparado, la Corte Constitucional Colombiana ha trabajado un desarrollo jurisprudencial sobre los elementos de la consulta previa. En la Sentencia SU-039/97, en la cual se veía afectados el derecho a la consulta previa de la comunidad U'wa señaló que era necesario (a) es necesario que la comunidad tenga pleno conocimiento de las medidas que plantea el Estado, (b) la comunidad debe estar enterada de la afectación que se pueda generar la medida estatal en su cohesión social, cultural, económica y política; y (c) que se les otorgue la oportunidad para que libremente pueda convocar a sus integrantes para valorar las ventajas y desventajas de la medida, ser oída y participar activamente en la toma de decisión adoptada por la autoridad.

Por todo lo expuesto, al desarrollo de los hechos del caso, el derecho a la consulta previa ya se encontraba reconocida en el ordenamiento peruano, pese al no encontrarse vigente la actual Ley de Consulta Previa. Es por ello, que ante cualquier medida legislativa o administrativa que opten en el ejercicio de sus funciones, el Estado peruano se encontraba obligado a identificar el impacto directo sobre los pueblos indígenas, por ejemplo, su derecho de propiedad sobre su territorio y el goce de los recursos naturales que se encuentre. Ello, con el fin de identificar los escenarios en los cuales es obligatoria la aplicación de la consulta previa.

Por ejemplo, como se mencionó en el acápite precedente, en materia de ANPs, al momento de establecer la zonificación la ley señala la necesidad de establecer una consulta previa a los

pueblos indígenas que se ubiquen dentro de esas áreas, debido a que el régimen que se les imponga podría afectar suponer una intromisión en la gestión de sus territorios. Es por ello, la importancia del cumplimiento de tales características, transparencia, carácter previo y buena fe, toda vez que de otro lado se encuentra la obligación de conservación del Estado, llegar a un acuerdo resultaría lo más idóneo.

Ahora bien, vale recalcar que el derecho a la consulta previa no significa un derecho a veto por parte de los pueblos indígenas en el caso de no llegar a un acuerdo, como se establece en el artículo 15 del Convenio. El escenario ideal, luego del proceso de consulta, es obtener el consentimiento de los pueblos indígenas debido a que se ha identificado una incidencia directa en su situación jurídica, pero podrían existir factores por los cuales no se obtenga el consentimiento. A pesar de ello, los pueblos indígenas involucrados no pueden obstruir o impedir la ejecución de la medida consultada.

Ante este escenario, el Estado debe justificar razonablemente los motivos por las cuales continuar con la promulgación y/o emisión de la medida. De acuerdo con la Sentencia recaída en el Expediente 0022-2009-AI/TC, se debe respetar la exigibilidad del derecho a la consulta previa, pero también es necesario permitir al Estado la realización de sus potestades siempre que se justifiquen en el bien común (fundamento 25).

Por último, es necesario señalar que el derecho a la consulta previa no es lo mismo que el derecho de participación. El derecho de participación se encuentra reconocido en el artículo 2 numeral 17 y artículo 31 de la Constitución. Así, se puede entender que es el derecho de todos los ciudadanos a involucrarse en la toma de decisiones y gestión de asuntos públicos. En el marco normativo ambiental, la participación se encuentra establecida en Capítulo 4 de la LGA.

De tal manera, el derecho de participación ambiental tiene como sujetos a todos los ciudadanos y como objeto el interés en la planificación, regulación y gestión de proyectos que generen un impacto ambiental. He ahí la diferencia con la consulta previa, la cual tiene como sujeto a los pueblos indígenas y como objeto la consulta sobre la afectación de sus derechos particulares por su situación jurídica. Por lo cual, podría señalarse que el derecho a la consulta previa es una manifestación del derecho a la participación; más no son lo mismo. Así, “el derecho a la consulta previa tiene matices especiales que la hacen un derecho diferente al de participación ciudadana” (Alva, 2020, p. 33).

Por tanto, ante la identificación de una medida que afecta de manera directa la situación jurídica de los pueblos indígenas, no basta con el ejercicio de su derecho de participación sino la real materialización de su derecho a la consulta previa con las características que ya han sido señaladas.

El DL N° 1079 plantea principios que garantizan el patrimonio de las ANPs, eso implica los mecanismos de autotutela y control sobre los recursos naturales ubicados en dichas áreas. Tomando en cuenta que existen pueblos indígenas en ciertas ANPs y lo desarrollado sobre el derecho de propiedad también se incluyen los recursos naturales, resulta indispensable identificar si tal disposición normativa plantea una afectación directa a su personalidad jurídica. De esa manera, podrá identificarse si es que, antes de su publicación, resultaba necesario aplicar un proceso de consulta.

3. Sobre la existencia de los pueblos indígenas en Áreas Naturales Protegidas

Como ya se ha determinado, la finalidad de crear ANP es la de conservación de la diversidad biológica. El Estado tiene la obligación constitucional de fomentar su creación y gestión, de tal manera que los recursos que se ubiquen en dichas áreas sean utilizados de manera sostenible.

La Constitución peruana ha establecido que son patrimonio de la Nación. Entonces, este régimen debe entenderse como “la soberanía del Estado sobre el aprovechamiento de dichos recursos, reconociendo que ella implica el ejercicio de potestades administrativas de gestión, planificación, administración y control de estos” (Huapaya, 2014, p. 329). Además, implica el reconocimiento de que toda la Nación pueda gozar de su aprovechamiento y sean destinados para satisfacer el interés público.

En ese sentido, no cabe duda de que las ANPs y los recursos naturales, que se ubiquen dentro de ellas, se encuentran bajo el dominio y administración del Estado, específicamente del Sernanp.

Ahora bien, es importante señalar que debe contemplarse las particularidades que se presenten en las ANP, tal como lo plantea la técnica de ordenamiento territorial, con el fin de promover una gestión sostenible. Así, es importante señalar que la presencia de pueblos indígenas demanda mayor diligencia por parte del Estado en la gestión ambiental debido a su situación

de vulnerabilidad. Es por ello, que la Constitución les reconoce una situación jurídica especial, sustancialmente sobre sus territorios.

En este contexto, el DL N° 1079, plantea medidas para garantizar el patrimonio de las ANPs. Dentro de los principios en los que se sustenta los procedimientos administrativos sobre asuntos referidos a recursos naturales, se señala el principio de dominio eminential en el artículo 3 inciso 3. Determina que el Estado promueve el aprovechamiento sobre los recursos naturales renovables por parte de los particulares, de acuerdo con las modalidades que establece las leyes sectoriales. Además, indica que el Estado mantiene el dominio a no ser que se haya otorga títulos sobre dichos recursos.

Al reconocer el dominio sobre los recursos naturales que se ubican dentro de las ANPs, es necesario identificar si es que los mecanismos de recuperación y autotutela de la administración señalados en el Decreto tienen alguna incidencia directa en la situación jurídica de los pueblos indígenas que se ubiquen en dichas áreas. En ese sentido, se podrá evaluar la pertinencia o no de la consulta previa a la ejecución de la medida.

El DL N° 1079 señala que los recursos naturales solo pueden ser aprovechados por quienes, a través de títulos habilitantes, hayan adquirido ese derecho. Ello, desconoce la incidencia y la importancia que tienen estos recursos naturales para los pueblos indígenas. En palabras del Peña Jumpa, “los comuneros de los Andes y la Amazonía han usado históricamente los recursos naturales renovables que yacen en sus territorios, bajo su cuidado tradicional y sin limitación alguna por autoridad externa a ellos” (2012, p .269). He ahí la necesidad de entender que los recursos naturales, además de ser utilizada como consumo y supervivencia, forman parte de su cosmovisión.

En la misma línea, el artículo 15 del Convenio N° 169 señala que los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deben protegerse especialmente. También que es indispensable la participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. El DL N° 1079 no contempla la existencia de pueblos indígenas en las ANP, a pesar de que como se mencionó antes, para la creación y zonificación de dichas áreas la LANP y el RLANP plantean como es indispensable el proceso de consulta previa.

Aunado a ello, la Constitución garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra comunal. Ya ha quedado establecido, a través de la jurisprudencia internacional, Caso Pueblo Saramaka vs. Suriman, que el derecho de propiedad sobre sus territorios carece de contenido si no se extiende a los recursos naturales.

Así, en tanto el DL N° 1079 establece mecanismos de autotutela para garantizar el patrimonio de las ANPs, sí constituye una afectación directa a la situación de los pueblos indígenas. Este Decreto autoriza a la administración pública, el Sernanp, a llevar a cabo medidas sobre sus territorios sin una previa consulta. Así, podrá justificar dicha intromisión en el dominio eminential que ostenta, desconociendo el derecho de propiedad de los pueblos indígenas reconocido también en la Constitución.

Es importante recalcar que la aplicación de la consulta previa no pretende desconocer las otras obligaciones internacionales asumidas por el Estado para promover una gestión ambiental sostenible y mejorar su productividad. Todo lo contrario, plantea que dichas obligaciones puedan llevarse sobre la base de un consenso con los pueblos indígenas. La LANP reconoce, por ejemplo, a las Reservas Comunales como una categoría de ANP y propone que sean los beneficiarios, de manera conjunta a la autoridad competente, los que conduzcan la gestión de dichos espacios. En ese sentido, es completamente viable la inclusión de los pueblos indígenas en la gestión de estas áreas y sus recursos. Más aún, cuando ha quedado determinado que los pueblos indígenas no gozan de un derecho a veto sobre las medidas que se pretenden implementar.

Por todo lo expuesto, el Estado peruano debió plantear un proceso de consulta previa, procurando identificar a todos a los pueblos indígenas asentados en las áreas naturales protegidas, antes de la publicación del DL N° 1079, debido a que se ha comprobado la incidencia directa de la gestión de sus territorios y los recursos naturales que contienen en su situación jurídica.

Ahora bien, la Sentencia N° 0004-1996-AI/TC, ha señalado que la violación de la Constitución puede ser de dos maneras por la forma y por el fondo. Sobre ello, el DL N° 1079 resulta inconstitucional por infracción por el fondo, en tanto resulta contraria al derecho constitucional a la propiedad de los pueblos indígenas. Por tal motivo, se debió llevar a cabo el proceso de consulta previa antes de la implementación de la medida.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

El Estado peruano tiene la obligación constitucional de promover políticas orientadas a la conservación de la biodiversidad. En base a ello, las Áreas Naturales Protegidas suponen ser una herramienta de gestión ambiental para procurar el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en el territorio.

En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1079 plantea un fin constitucional: garantizar el patrimonio de las ANPs. Sin embargo, no ha contemplado la particularidad de aquellas áreas sobre las que se asienten pueblos indígenas.

Así, desconoce otra obligación constitucional del Estado, que implica el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus territorios y, como también lo ha señalado el Convenio N° 169 de la OIT, a los recursos naturales que se encuentren ubicados en dichas áreas debido al significado que tienen para el desarrollo de su identidad.

Luego de la evaluación de la normativa sectorial, la constitución de ANPs sí contempla la consulta previa a los pueblos indígenas para la zonificación de dichas áreas en la medida que constituyen una afectación directa a su derecho de propiedad. Por lo cual, si el Decreto Legislativo N° 1079 plantea medidas que afectan a los recursos naturales que se encuentran en las áreas naturales, también debería respetar los estándares establecidos en materia de gestión ambiental sobre ellas.

En tanto, las disposiciones sobre recursos naturales de las Áreas Naturales Protegidas tienen una afectación directa sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas, el Decreto Legislativo N° 1079 deviene en inconstitucional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Alva, A. (2020). El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: análisis y perspectivas de su ejercicio en el Perú. Instituto de Iberoamérica Universidad de Salamanca. Recuperado a partir de

https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/81693/TFM_Estudioslatinoamericanos_Alva_Amelia.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (CIDH, 2005). Recuperado de:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (CIDH, 2012). Recuperado de:

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Caso Mayagna (Sumo) AwaTigni vs. Estado de Nicaragua (CIDH, 2001). Recuperado de:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (CIDH, 2007). Recuperado de:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Bregaglio, R, Ocampo, D y Olivera, J. (2012). La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP.

Eguiguren, F. (2016). El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos. *Pensamiento Constitucional*, (21), 61-80. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18700/18941>

Fernández de Gatta, D. (2011). Planteamiento territorial y urbanístico. Situaciones y clasificación del suelo. En L. Quintana, M. Casares, & D. Fernández (Eds.), *Derecho Urbanístico. Guía Teórica-Práctica* (pp. 69-232). Tirant Lo Blanch.

Gálvez, S. (2015). Áreas naturales protegidas, una mirada al desarrollo regulatorio en los últimos años. *Revista De Derecho Administrativo*, (15), 181-198. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15176>

Huapaya, R. (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista De Derecho Administrativo*, (14), 327-339.

Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455>

La Rosa, J. (2012). El Derecho a la Consulta Previa y su Implementación en el Perú según las Reglas Legislativas y el Tribunal Constitucional. *Derecho & Sociedad*, (39), 196-203. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13076>

López, F. (1987). Planificación Territorial. *Revista de administración pública*, N°114, 127–179.

Méndez, E. (1999). Criterios claves para el ordenamiento territorial-ambiental. *Espacio Y Desarrollo*, (11), 5-19. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/espacioydesarrollo/article/view/8064>

Peña, A. (2012). La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú. *IUS ET VERITAS*, 22(45), 254-272. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12002>

Pulgar-Vidal, M. (2008). Los recursos naturales, el derecho y la visión de desarrollo. *IUS ET VERITAS*, 18(36), 398-409. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12268>

Pulgar-Vidal, M. (2009). El aprovechamiento de los recursos naturales y los usos del territorio. *Revista De Derecho Administrativo*, (7), 462-470. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14042>

Sentencia SU-39/97 (1997, 21 de febrero). Corte Constitucional Colombiana. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>

Sentencia N° 0004-1996-AI/TC (1997, 03 de enero). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00004-1996-AI.html#:~:text=Se%20trata%20pues%2C%20de%20una,que%20son%20de%20su%20competencia.>

Sentencia N° 047-2004-AI/TC (2006, 24 de abril). Tribunal Constitucional.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html#:~:text=Autor%C3%ADzase%20al%20Ministerio%20de%20Educaci%C3%B3n,la%20Ley%20N.%C2%BA%2027491>.

Sentencia N° 03343-2007-PA (2009, 19 de febrero). Tribunal Constitucional.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>

Sentencia N° 0022-2009-PI/TC (2010, 09 de junio). Tribunal Constitucional.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Sentencia N° 03066-2019-PA/TC (2022, 20 de enero). Tribunal Constitucional.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf>

Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (2021). Patrimonio Natural del Perú. Naturaleza para todos, naturaleza para siempre. Recuperado a partir de http://sis.sernanp.gob.pe/biblioteca/?publicacion=2484&fbclid=IwAR3PqvN3BHRuM3QcqDhf44UaG1TmEokE77HchjM0b1_h6Q9jSbd1GAafZgs

Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (2022). Listado oficial de las Áreas Naturales Protegidas. Recuperado a partir de <https://www.gob.pe/institucion/sernanp/informes-publicaciones/2560580-listado-oficial-de-las-areas-naturales-protegidas>

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (2010). Manual de Legislación Ambiental. Recuperado a partir de https://paideia.pucp.edu.pe/cursos/pluginfile.php/3291011/mod_resource/content/1/Manual_1_egislacion_ambiental_2010%20%281%29.pdf

Solano, P. (2013). Legislación y conceptos aplicables a las áreas naturales protegidas en el Perú. *Derecho PUCP*, (70), 143-164. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201301.007>

Solano, P. (2020). ¿Qué es un Parque Nacional? El ABC de las áreas naturales protegidas en el Perú. Recuperado de

http://biblioteca.spda.org.pe/biblioteca/catalogo/_data/20200921224139_Que%20es%20un%20parque%20nacional.pdf

Zambrano, G. (2011). El Debate de lo Permisible: Cuestiones Teóricas para Pensar el Debido Ejercicio del Derecho a la Participación Ciudadana de los Pueblos Indígenas en la Dinámica Alrededor del Aprovechamiento de Recursos Naturales. *Derecho & Sociedad*, (36), 201-225. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13228>

Marco Normativo

Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Decreto Legislativo que establece medidas que garanticen el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas, DL N° 1079

Decreto Legislativo 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio de Ambiente

Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834

Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785

Ley General del Ambiente, Ley N° 28611

Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867

Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremos N° 038/2001-AG

Reglamento del Decreto Legislativo N° 1079 que establece medidas que garanticen el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas.



BANCO DE EXPEDIENTES - INFORME DEL PROFESOR

No. Registro: E- 2287
EXPEDIENTE

		✓	Ó	x	CORRECCIÓN
Nº EXPEDIENTE	023-2009-PI/TC	<input checked="" type="checkbox"/>			_____
ORIGEN	Tribunal Constitucional	<input checked="" type="checkbox"/>			_____
MATERIA	Constitucional (PI) - Ambiental	<input checked="" type="checkbox"/>			_____
DEMANDANTE	Gonzalo Tuanama y más de 5000 Ciudadanos	<input checked="" type="checkbox"/>			_____
DEMANDADO	Estado Peruano - D. Leg N° 1079	<input checked="" type="checkbox"/>			_____
SECRETARIO/E. LEGAL	_____				
INSTANCIAS	Ira. <input type="checkbox"/> 2da. <input type="checkbox"/> Otra 1 <input type="text"/>				Otra 2 <input type="text"/>
Nº DE FOJAS	<input type="text" value="189"/>				Nº DE TOMOS <input type="text" value="1"/>

INFORMACIÓN ACADÉMICA

Luego de haber revisado detalladamente el Expediente, encuentro que por su relevancia jurídica merece el calificativo de:

APROBADO	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
EXCELENTE	MUY BUENO	BUENO	

DESAPROBADO

IMPORTANTE: Estimado(a) Profesor(a), sírvase señalar las razones por las que considere que el expediente tiene mérito para ser sustentado:

- 1) Determinar el carácter constitucional del derecho a la consulta reconocido en convenio 169 más no en la Constitución de 1993.
 - 2) Determinar el rol del convenio 169 en el marco constitucional y legal peruano.
 - 3) Determinar la obligatoriedad de implementar el derecho a la consulta en el marco del convenio 169.
 - 4) Determinar si los mecanismos de reparación del patrimonio de áreas protegidas o de otros poblaciones indígenas.
- Le agradeceremos también se sirva revisar en el listado de la parte posterior de esta hoja, las materias (máximo 3) que considere pertinentes.

FECHA 20-Febrero-2012

FIRMA

Profesora Isabel Calle Valladares

Al lado derecho de cada materia tiene una casilla donde podrá seleccionar con un aspa la(s) materia(s) del expediente, que considere pertinente(s) o en la parte inferior de cada area, podrá añadir la materia no encontrada en este listado:

DERECHO ADMINISTRATIVO	
ADQUISICIÓN DE BIENES, SERVICIOS Y CONTRATOS DE OBRA	
ARBITRAJE ADMINISTRATIVO	
CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE OBRAS PÚBLICAS	
CONFLICTOS ENTRE GOBIERNO CENTRAL, REGIONAL Y LOCAL	
DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES	
DERECHO MUNICIPAL	
EXPROPIACIÓN / ESTABLECIMIENTO DE SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS	
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS TRILATERALES	
PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN COACTIVA (DEUDAS NO TRIBUTARIAS)	
PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS	
RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	
OTRO(S):	
DERECHO CIVIL	
ACTO JURÍDICO	
CONTRATOS	
DERECHO DE FAMILIA	
DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL	
DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES	
DERECHOS REALES	
GARANTÍAS	
OBLIGACIONES	
PERSONAS JURÍDICAS	
PERSONAS NATURALES	
PRINCIPIOS GENERALES	
RESPONSABILIDAD CIVIL	
SUCESIONES	
OTRO(S):	
DERECHO CONSTITUCIONAL	
ACCIÓN DE AMPARO	
ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO	
ACCIÓN POPULAR	
DERECHO ELECTORAL	
DERECHO PARLAMENTARIO	
HÁBEAS CORPUS	
HÁBEAS DATA	
PODER JUDICIAL	
PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	X
OTRO(S):	
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN	
DERECHO DE LOS REFUGIADOS	
DERECHO DE LOS TRATADOS	X
DERECHO DEL MAR Y OTROS ESPACIOS	
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHO HUMANOS	
DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO	
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	
DERECHO PENAL INTERNACIONAL	
JURISDICCIÓN INTERNACIONAL	
RELACIONES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES	
SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL	
OTRO(S):	
DERECHO LABORAL	
AMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO	
BENEFICIOS SOCIALES	
CESE COLECTIVO	
CONTRATO DE TRABAJO	
DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO	
DESPIDO	
EXTINCIÓN DE CONTRATO DEL TRABAJO	
FORMACIÓN LABORAL	
FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO	
HUELGA	
JORNADA DE TRABAJO	
LIBERTAD SINDICAL	
NEGOCIACIÓN COLECTIVA / CONVENIO COLECTIVO	
PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO	
REMUNERACIÓN	
SEGURIDAD SOCIAL	
OTRO(S):	

DERECHO MERCANTIL	
COMERCIO INTERNACIONAL	
DERECHO AERONÁUTICO	
DERECHO BANCARIO	
DERECHO CONCURSAL	
DERECHO DE LA COMPETENCIA	
DERECHO DE TRANSPORTES	
DERECHO DEL AUTOR	
DERECHO MARÍTIMO	
FUSIONES Y ADQUISICIONES	
MERCADO DE VALORES	
PROPIEDAD INDUSTRIAL	
SEGUROS	
SOCIEDADES	
TÍTULOS VALORES	
OTRO(S):	
DERECHO PENAL	
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	
DELITOS CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD	
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD	
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA	
DELITOS CONTRA EL HONOR	
DELITOS TRIBUTARIOS	
DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS	
DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA	
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	
DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA	
OTRO(S):	
DERECHO PROCESAL CIVIL	
ACUMULACIÓN	
CONDICIONES DE LA ACCIÓN Y PRESUPUESTOS PROCESALES	
FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO	
IMPUGNACIÓN PROCESAL	
INTERVENCIÓN DE TERCEROS	
LITISCONSORCIO	
NULIDADES PROCESALES	
POSTULACIÓN DEL PROCESO	
PROCESO CAUTELAR / MEDIDAS CAUTELARES	
PROCESO DE CONOCIMIENTO	
PROCESO DE EJECUCIÓN / EJECUTIVO	
TEORÍA DE LA PRUEBA	
OTRO(S):	
DERECHO TRIBUTARIO	
DERECHO ADUANERO	
DERECHO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL	
IMPUESTO A LA RENTA	
IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS	
IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO	
TRIBUTOS MUNICIPALES	
OTRO(S):	
OTROS / VARIOS	
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	
ANTROPOLOGÍA JURÍDICA	
DERECHO AGRARIO	
DERECHO COOPERATIVO	
DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE	X
DERECHO ECLESIASTICO	
DERECHO URBANÍSTICO	
FILOSOFÍA DEL DERECHO	
MINERÍA Y ENERGÍA	
SOCIOLOGÍA DEL DERECHO	
TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	
OTRO(S):	

Lima, 20 de febrero de 2012

Señor Doctor
Raúl Solórzano Solórzano
Director de Estudios
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Presente.-

Me dirijo a usted en relación al expediente N° 023-2009-PI/TC (E-2287) sobre Derecho Constitucional - Ambiental . Al respecto, cumpro con informar lo siguiente en relación al expediente que me fuera remitido:

1. El Decreto Legislativo N° 1079 establece en su artículo 2 que la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente, a través del SERNANP . De igual forma en su artículo 3 establece una serie de principios que garantizan el Patrimonio de las áreas naturales protegidas. Posteriormente, implementan mecanismos de recuperación para resguardar el patrimonio en áreas naturales protegidas.
2. Con fecha 1 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1079, que establece medidas que garantizan el patrimonio de las áreas naturales protegidas. Los demandantes refieren que: a) la norma fue legislada y promulgada sin consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio N° 169 de la OIT, afectando los derechos fundamentales de los pueblos indígenas; b) no se tomó en cuenta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI); c) la norma postula el principio de "dominio eminential," excluyendo toda pretensión jurídica de los pueblos indígenas a reivindicar su derecho de propiedad sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, contraviniéndose así el Convenio N° 169; y d) la norma no ha sido promulgada en virtud de la Ley N° 29157, que otorgó al Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú-Estados Unidos, y su protocolo de enmienda.
3. Con fecha 19 de octubre de 2009, el Ejecutivo contestó la demanda, expresando que: a) no se han excedido las facultades legislativas delegadas por el Legislativo al Ejecutivo, siendo que su ámbito de aplicación se vincula directamente a la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional de la gestión ambiental, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos; b) no existe incumplimiento de la DNUDPI en tanto no ha sido ratificada por el Estado peruano, careciendo de efectos vinculantes; c) el Convenio N° 169 de la OIT no es aplicable puesto que la población peruana es predominantemente mestiza; d) no existe una norma que establezca los lineamientos, parámetros y procedimientos para la determinación de la consulta, o materias específicas de consulta; e) el ámbito de aplicación de la norma no implica una afectación directa a las comunidades nativas y campesinas; y f) se hace inexigible someter al Decreto Legislativo N° 1079 a un

análisis de constitucionalidad indirecta por supuesta contravención al Convenio N° 169 de la OIT, por cuanto no existe Ley ordinaria que establezca el desarrollo interno de dicho convenio, quedando descartada la inconstitucionalidad.

4. Con fecha 17 de junio de 2010, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda contra el Decreto Legislativo N° 1089. En dicho pronunciamiento el Tribunal Constitucional expidió una sentencia interpretativa estimando que tal norma solo sería constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas. Por ello, tal como se hizo en el Exp. N.° 022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional procedió a determinar si es que las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1079 son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.
5. El artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que en el caso materia de análisis, las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1079, bajo cuestionamiento, no afectan de manera directa o inmediata la situación jurídica de los pueblos indígenas, en tanto de un lado se regulan cuestiones relativas a la competencia de una entidad estatal y de otro lado se recogen una serie de principios que pretenden la tutela de las áreas protegidas.
6. De otro lado, en cuanto a las argumentaciones que refieren al principio de *dominio eminencial*, el Tribunal Constitucional considera que acuerdo al artículo 66 de la Constitución los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano de su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 15 del Convenio N° 169, prevé el caso en que los recursos naturales sean propiedad del Estado, inclusive aquellos que están en los territorios indígenas. En tal sentido, el propio Convenio N° 169 establece la posibilidad de que los recursos naturales puedan pertenecer al Estado, motivo por lo cual no existe contradicción alguna entre la Constitución y el Convenio N° 169 y entre el principio de *dominio eminencial* y el Convenio N° 169, que más bien contempla tal posibilidad.
7. Asimismo, el Tribunal Constitucional determinó que sin perjuicio de lo expuesto, cualquier eventual conflicto que surja entre las comunidades y las políticas de Estado deberá ser resuelto a través de las reglas de la ponderación a fin de articular los legítimos derechos comunales con los intereses nacionales en cada caso concreto, más aún cuando la titularidad de los recursos naturales corresponde al Estado.
8. Finalmente, el 21 de setiembre de 2010, el Tribunal Constitucional declara Infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N° 1079.

El expediente contiene aspectos de relevancia jurídica que pueden ser discutidos en un examen de grado, dentro de los cuales se encuentran los siguientes temas:

1. Determinar el carácter constitucional del derecho de consulta, reconocido de manera expresa en el Convenio N° 169 de la OIT, mas no de manera expresa en el texto constitucional.

2. Determinar el derecho de las personas a ser consultadas, como derecho fundamental o únicamente extensivo y limitado a las poblaciones indígenas como mecanismo de discriminación positiva.
3. Determinar el rol del Convenio N° 169 en el marco constitucional y legal peruano.
4. Determinar la obligatoriedad de implementar el derecho a la consulta en el marco del Convenio N° 169 de la OIT sin una regulación existente.
5. Determinar la obligatoriedad de regulación sectorial en relación al tema de consulta o la necesidad de contar con un marco legal general sobre el tema.
6. Determinar si los mecanismos de recuperación para resguardar el patrimonio en áreas naturales protegidas contienen medidas que afectan a las poblaciones indígenas.

Siendo los temas materia del expediente, los siguientes:

1. Derecho Internacional Público
2. Derecho Constitucional
3. Derecho Ambiental

Razón por la cual soy de la opinión favorable acerca de la sustentabilidad del expediente, con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogado.

Es todo cuanto tengo que informar.

Quedo de usted.

Atentamente,



Isabel Calle Valladares



PRIMERA SUSTENTACIÓN

EXP. SUSTENTADO

Fecha: 14.12.12

SEGUNDA SUSTENTACIÓN

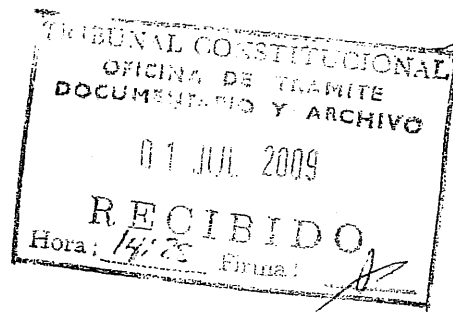
EXP. SUSTENTADO

04.02.14

TERCERA SUSTENTACIÓN

CUARTA SUSTENTACIÓN

OBSERVACIONES



Exp.:

Sec.:

Escrito 01

Cuaderno principal

DEMANDA INCONSTITUCIONALIDAD
DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1079

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acción de Inconstitucionalidad N° 023-09-PITTC

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

GONZALO TUANAMA TUANAMA, identificado con DNI N° 80338178, señalando domicilio real en la Comunidad Nativa de Kopal Sacha, Provincia de El Dorado, Región San Martín y el domicilio procesal en Calle Bolívar N° 472, Oficina N° 104, Miraflores, Lima, ante Vuestro Despacho manifiesta:

Que, al amparo de los artículos 200 inciso 4 y 203 inciso 5 de nuestra Carta Magna y los artículos 98 al 108 del Código Procesal Constitucional, interpongo **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el **DECRETO LEGISLATIVO N° 1079 (Medidas que garantizan el patrimonio de las áreas naturales protegidas)** publicado el 28 de Junio del 2008 en el diario oficial El Peruano, con el objeto de que se le deje sin efecto alguno, porque su existencia y alcances jurídicos vulneran derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15 y 17 del Convenio 169 OIT, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253 publicado el 05 de diciembre de 1993 y ratificado el 17 de Enero de 1994, el mismo que en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene rango constitucional.

2
ds

I.- ANTECEDENTES DE SU SANCION LEGISLATIVA Y PROMULGACION

Sin entrar al fondo del contenido de la norma, es menester dejar resaltado que fue legislada y promulgada sin hacerse NINGUNA consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo exige el Convenio 169 de la OIT, como también los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Este decreto legislativo, no contempla el hecho y existencia de comunidades nativas no tituladas al interior o en las zonas de amortiguamiento de las Áreas Naturales. La sola posesión histórica de dichos espacios les otorga propiedad que el Estado debe reconocer, tal y como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en diversos casos que involucraban a comunidades indígenas. Esto contraviene el artículo 2 inciso 19 de nuestra Constitución Política.

Por otro lado, postula el principio de "dominio eminential", mediante el que se excluye toda pretensión jurídica de los pueblos indígenas para reivindicar su derecho de propiedad sobre sus recursos naturales existentes en sus territorios. Esta aplicación conceptual contraviene los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 OIT.

Por otro lado, es de señalar que el Poder Ejecutivo, amparado en la delegación de facultades que le hizo el Congreso con motivo de la implementación de normatividad relacionada a la suscripción del TLC con USA, promulgó este decreto legislativo sin cumplir escrupulosamente con lo dispuesto en el mencionado Convenio 169 de la OIT, que de modo expreso y categórico

1

prescribe el derecho fundamental de la consulta a los pueblos indígenas, sin perjuicio de que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 118 inciso 1 de nuestra Constitución Política que declara como obligación del Presidente de la República el "Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales".

Con fines de precisión, debemos señalar que la citada delegación se formalizó mediante la Ley N° 29157. En el numeral 2.1 de dicha norma se establecieron las 8 materias y el plazo de la delegación; y en su numeral 2.2 se precisa el contenido de los decretos legislativos a dictarse y sujetos a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad (2) económica para su aprovechamiento. Así se tiene que de la interpretación y concordancia de ambos numerales, el Poder Ejecutivo no podía excederse a los marcos previstos en el TLC Perú - Estados Unidos. Máxime cuando el Congreso que es el titular de la potestad legislativa, fijó los términos estrictos y razonables del contenido enunciado en la ley de delegación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Son fundamentos estrictos y pertinentes para el cuestionamiento del decreto legislativo citado, la vulneración del derecho a la identidad cultural, reconocido por el artículo 2, inciso 19 y el artículo 89 de la Constitución Política y también de modo principal, la violación de derechos regulados expresamente en el Convenio 169 de la OIT tales como el derecho a la consulta previa e informada, de las comunidades nativas y campesinas, y de igual modo su derecho a

participar en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente. Tales derechos no se ejercieron habida cuenta que el Poder Ejecutivo omitió implementarlos, generándose de tal modo su estado de ilegitimidad que colisiona con el estado de derecho que debe prevalecer.

Por otro lado, la existencia y alcances de lo regulado en el Convenio 169 OIT, ha sido validado por el Tribunal Constitucional mediante sentencia publicada con fecha 19 de febrero del 2009, en el proceso de Acción de Amparo promovido para cautelar el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, Expediente N° 03343-2007-PA/TC; donde se reconoció y declaró lo siguiente:

"27. Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución se infiere un reconocimiento de la Tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia. Si bien este tipo de cláusulas proponen una tutela adecuada al individuo, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para la defensa de las minorías étnicas.

5
C.M.C.S.

28. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la constitución que establece, además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente, el artículo 89 de la constitución reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Manifestación de la autonomía referida será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas –término utilizado en el Derecho Internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión.

29. Sobre el derecho a la identidad étnica, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel

consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho "supone" que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismos cultural [...]" (HABERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Tecnos, Madrid; 2000, p.34)

30. A propósito de lo expuesto, es interesante tomar en cuenta la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:

"el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad nativa" y que tal derecho comprende: "a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. **c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles.** d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e. El derecho a no ser discriminados por

razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. el respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda.”

Resulta entonces, evidente y ajustado a la normatividad nacional y su desarrollo jurisprudencial constitucional, el alegar y cuestionar la constitucionalidad del mencionado decreto legislativo.

III.- EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS

Conforme al texto de la sentencia sobre el caso del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera (Exp. 03343-2007-PA/TC), el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

“31. Previamente, debe destacarse que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por

tanto, tales tratados constituyen parámetros de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N° 047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, el Tribunal ha afirmado que los **“tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”** (STC N° 025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, **siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales.** Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar – normativa e interpretativamente – las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”.

Esta sentencia, constituye un pronunciamiento importantísimo en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, puesto que aunque doctrinariamente no había duda de que el Convenio N° 169 de la OIT tenía rango constitucional y que era parte de los llamados tratados internacionales de derechos humanos, ahora no existe duda alguna de su validez constitucional y su exigibilidad como parte integrante de nuestro derecho interno.

IV.- EXISTENCIA Y ALCANCES DE LA INFRACCION CONSTITUCIONAL

a
mit.

De lo señalado y alegado, es objetivo que el Decreto Legislativo 1079 vulnera el derecho a la consulta, previsto en el artículo 6 incisos 1.a y 2 del Convenio 169 de la OIT, sobre el Derecho al consentimiento previo, libre e informado; así como en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; además sugiere una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas, contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, así como los artículos 70 y 88 de la Constitución Política del Perú.

V.- MEDIOS PROBATORIOS

Habida cuenta que las normas y jurisprudencia mencionadas son los medios probatorios que sustentan nuestra pretensión, apelamos a la aplicación del principio del Iura Novit Curia para invocar su existencia y contenidos, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional aplique toda otra norma nacional o internacional pertinente. Adjuntamos los anexos que la ley procesal constitucional exige.

VI.- PETITORIO

Por las razones expuestas, normas y jurisprudencia aplicables, peticiono a nombre propio y de los por mi representados, se deje sin efecto alguno al Decreto Legislativo N° 1079, habida cuenta que ha sido sancionado legislativamente y promulgado en directa contravención a los derechos correspondientes a los pueblos nativos, reconocidos en el Convenio 169 OIT.

PRIMER OTROSI: Designamos como abogados al Dr. Moisés Martínez Suárez, con Reg. CALN° 18549 y al Dr. Octavio Alvarado Angulo con Reg. CASM N° 341, quienes con todas las facultades que la ley les otorga, ejercerán la defensa de nuestra pretensión ante este supremo tribunal.

SEGUNDO OTROSI: Señalamos que la presente acción es procedente porque i) Conforme al artículo 200 inc. 4 de nuestra carta magna, está dirigida contra un decreto legislativo, ii) Conforme al artículo 99 del Código Procesal Constitucional, los demandantes han conferido representación expresa al recurrente y iii) Conforme al artículo 100 del Código Procesal Constitucional, la presente demanda es interpuesta dentro del plazo establecido y calculado desde la fecha de publicación de la norma cuestionada.

TERCER OTROSI: Señalamos que de conformidad con el artículo 107 del Código Procesal Constitucional, y por tratarse de un decreto legislativo, la presente demanda va dirigida contra el poder ejecutivo.

CUARTO OTROSI: Siendo que el cuestionamiento inserto en la presente demanda es de orden formal, nos reservamos el derecho de hacer cuestionamientos de fondo dentro del plazo fijado en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional.

ANEXOS:

1.A. Copia del DNI del recurrente.

1.B. Copia simple de la norma cuestionada.

11
one

1.C. Documento oficial que certifica la validez sobre la identidad y firma de los mas de cinco mil ciudadanos demandantes.

POR TANTO:

Sírvase Señor Presidente, admitir la presente demanda y tramitarla conforme a ley.

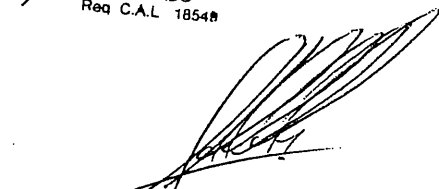
Lima, 26 de Junio del 2009



MOISES R. MARTINEZ SUAREZ
ABOGADO
Reg. C.A.L. 18548



GONZALO TUANAMA TUANAMA



Octavio Alvarado Argueta
ABOGADO
C.A.S.M. 387

los ajustes correspondientes de manera previa a su adopción definitiva.

Artículo 15°.- Seguimiento y Control
(...)

15.2 El MINAM, a través del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, es responsable del seguimiento y supervisión de la implementación de las medidas establecidas en la evaluación ambiental estratégica.

Artículo 16°.- Organismo Director del Sistema
El Ministerio del Ambiente - MINAM, es el encargado de dirigir y administrar el SEIA, en concordancia con lo que se establece su Ley de Creación y la presente Ley.

Artículo 17°.- Funciones del Organismo Rector
Corresponde al MINAM:

- a) Revisar, de manera aleatoria, los Estudios de Impacto Ambiental aprobados por las autoridades competentes, con la finalidad de coadyuvar al fortalecimiento y transparencia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- b) Aprobar las Evaluaciones Ambientales Estratégicas de políticas, planes y programas.
- c) Emitir opinión previa favorable y coordinar con las autoridades competentes, el o los proyectos de reglamentos relacionados a los procesos de evaluación de impacto ambiental -EIA y sus modificaciones;
- d) Coordinar con las autoridades competentes la adecuación de los regímenes de evaluación del impacto ambiental existentes a lo dispuesto en la presente Ley y asegurar su cumplimiento;
- e) Llevar un Registro administrativo de carácter público y actualizado de las certificaciones ambientales concedidas o denegadas por los organismos correspondientes. Dicho registro indicará además la categoría asignada al proyecto, obra o actividad;
- f) Controlar y supervisar la aplicación de la presente Ley y su Reglamento, así como resolver en segunda instancia administrativa los recursos impugnativos que se le formulen por infracciones a esta norma.

Artículo 18°.- Autoridades Competentes de administración y ejecución

18.1 Serán consideradas como autoridades competentes de administración y ejecución, el Ministerio del Ambiente, las autoridades sectoriales nacionales, las autoridades regionales y las autoridades locales.

Corresponda al MINAM las funciones establecidas en el artículo 17 de la presente ley y su reglamento.

Corresponde a las autoridades sectoriales emitir la certificación ambiental de los proyectos o actividades de alcance nacional o multiregional, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Corresponde a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia.

18.2 Salvo que la ley disponga algo distinto, la autoridad competente a la que se deberá solicitar la certificación ambiental será aquella del sector correspondiente a la actividad del titular por la que éste obtiene sus mayores ingresos brutos anuales.

Si el proyecto o actividad cuya certificación ambiental se solicita correspondiera a otro sector, la autoridad receptora de la solicitud deberá requerir la opinión del sector competente. Dicho trámite deberá realizarse dentro del plazo establecido para la expedición de la certificación

y no podrá generar pago adicional alguno al solicitante. El reglamento especificará el procedimiento intersectorial aplicable.

Si no obstante lo dispuesto en este artículo, el conflicto de competencia subsistiera, el MINAM definirá la competencia según lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1013 y sus modificatorias."

Artículo 2°.- Deróguense la Disposición Transitoria Única y la Primera Disposición Final de la Ley N° 27446. Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental y las demás normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.

Artículo 3°.- En tanto se expida el reglamento de la presente ley, se aplicarán las normas sectoriales correspondientes, en lo que no se opongan. Las funciones establecidas en el numeral 10.4 de la presente ley serán asumidas por las autoridades sectoriales competentes hasta tanto se implemente el registro único.

Las disposiciones sectoriales se adecuarán a lo dispuesto a la Ley N° 27446 modificada por el presente Decreto Legislativo.

Artículo 4°.- El Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro del Ambiente aprobará el reglamento de la Ley del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto Legislativo.

Artículo 5°.- El presente Decreto Legislativo entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de junio del año dos mil ocho

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ
Presidente del Consejo de Ministros

ANTONIO JOSÉ BRACK EGG
Ministro del Ambiente

219811-7

DECRETO LEGISLATIVO
Nº 1079

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República, por Ley N° 29157, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias especificadas en dicha Ley, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, dentro del marco de lo previsto en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú;

Que, la citada Ley faculta al Poder Ejecutivo a legislar sobre diversas materias entre las que se incluyen, la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional simplificación administrativa, modernización del Estado y el fortalecimiento institucional de la gestión ambiental entre otros, por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario;

Que, es necesario perfeccionar los mecanismos de aprovechamiento, conservación y custodia de los recursos naturales contenidos en las Áreas Naturales Protegidas del país;

Que, el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General,

Tracc:
Anexo 1 B.

14
Cofre

requiere desarrollar el Procedimiento Administrativo sobre Asuntos referidos al aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos naturales renovables ubicados en Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional;

Que el Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, dispone en el literal d) numeral 2) de la Segunda Disposición Complementaria Final, que el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas tiene entre sus funciones básicas, establecer los mecanismos de fiscalización y control y las infracciones y sanciones administrativas correspondientes; y ejercer la potestad sancionadora en los casos de incumplimiento;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y, Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República; Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE ESTABLECE MEDIDAS QUE GARANTICEN EL PATRIMONIO DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Artículo 1°.- Aplicación en el marco de la Ley N° 26834

Las disposiciones establecidas en la presente norma son aplicadas e interpretadas en el marco de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, así como de sus normas modificatorias y ampliatorias.

Artículo 2°.- Prevalencia de normas especiales

La autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

Sin perjuicio de ello, en los casos de superposición de funciones o potestades con otra autoridad respecto de las Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional, prevalecen las otorgadas al Ministerio del Ambiente.

Artículo 3°.- Principios que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas

El procedimiento administrativo sobre asuntos referidos a recursos naturales renovables ubicados en las Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional se sustenta en los siguientes principios, a los cuales se les aplica supletoriamente aquellos señalados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

1. Principio de prevención.- Toda persona tiene el deber de adoptar las previsiones necesarias con respecto a los riesgos que entraña la actividad que realizan.
2. Principio del dominio eminential.- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada uno de ellos. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos, productos y subproductos, en tanto ellos no hayan sido obtenidos acorde con el título por los cuales fueron otorgados.
3. Principio de protección administrativa.- La protección del dominio eminential está a cargo de la Administración Pública, a través de sus órganos competentes, mediante las acciones de autotutela administrativa. Para ello la autoridad en los procedimientos administrativos a su cargo puede usar como medios de prueba los indicios que sean razonablemente aceptables para arribar a la verdad material que le permita motivar o fundamentar su decisión.
4. Principio de gobernanza ambiental.- El diseño y aplicación de las políticas públicas ambientales se rige por el principio de gobernanza ambiental, que conduce a la armonización de las políticas instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información de manera tal que

sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia.

Artículo 4°.- Del tratamiento aplicable a los especímenes, productos y subproductos recuperados o encontrados abandonados en Áreas Naturales Protegidas

Los especímenes de fauna y flora silvestre recuperados o encontrados abandonados en áreas naturales protegidas por la autoridad correspondiente, no serán objeto de remate, subasta o comercio. Se incluyen en esta disposición los productos y subproductos desarrollados a partir de tales especímenes o recursos.

Las actividades de recolección y caza con fines de subsistencia y autoconsumo en dicha áreas se exceptúan de la presente disposición, siempre que no contravengan las disposiciones legales vigentes y sean compatibles con la sostenibilidad ambiental.

Artículo 5°.- De la reglamentación

Los mecanismos de reintroducción, disposición y/o destrucción de los especímenes, recursos, productos y subproductos recuperados o encontrados abandonados en Áreas Naturales Protegidas serán establecidos en el Reglamento de la presente Ley, aprobado mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Ambiente

Artículo 6°.- Deróguese toda norma que se oponga al presente Decreto Legislativo.

Artículo 7°.- La presente norma entra en vigencia al día siguiente de su publicación.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de junio del año dos mil ocho.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ
Presidente del Consejo de Ministros

ANTONIO JOSÉ BRACK EGG
Ministro del Ambiente

219812-1

DECRETO LEGISLATIVO N° 1080

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, el Congreso de la República, mediante Ley N° 29157, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre determinadas materias, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y apoyar la competitividad económica para su aprovechamiento, encontrándose dentro de las materias comprendidas en dicha delegación la mejora del marco regulatorio, así como la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria;

De conformidad con lo establecido en el Artículo 104° de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y

Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución n.º 405 -2009 - JNE

Expediente n.º J-2009-391

Lima, diecisiete de junio de dos mil nueve

VISTO el expediente sobre verificación de autenticidad de firmas de adherentes para interponer Proceso de Inconstitucionalidad promovido por don Gonzalo Tuanama Tuanama.

ANTECEDENTES

Con fecha 08 de junio de 2009, don Gonzalo Tuanama Tuanama solicitó la verificación de autenticidad de firmas de adherentes para interponer Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n.º 1079, Decreto Legislativo que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas.

Mediante Oficio N° 3557-2009-SG/JNE, obrante a fojas 05, se envió la documentación pertinente al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

A través de Oficio N° 2485-2009/GOR/RENIEC, que obra a fojas 10, la Gerencia de Operaciones Registrales del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil remitió el Certificado de Cotejo de Registro de Inscripción N° 181-2009-SGAE/GOR/RENIEC, detallando que la solicitud formulada alcanzó un total de siete mil seiscientos noventa y nueve registros válidos.

CONSIDERANDO

1. De conformidad con el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución Política del Perú, pueden interponer Demanda de Inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.
2. Tal como se señaló en los Antecedentes del presente, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil certifica que se han alcanzado un total de siete mil seiscientos noventa y nueve registros válidos, cifra que supera el mínimo de ciudadanos que se requiere para el fin solicitado.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución n.º 405 -2009- JNE

Por estas consideraciones, el Jurado Nacional de Elecciones;

RESUELVE:

Artículo Único.- Poner en conocimiento del Tribunal Constitucional y de don Gonzalo Tuanama Tuanama, la certificación de siete mil seiscientos noventa y nueve registros válidos de adherentes, otorgada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en el trámite del Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n.º 1079, Decreto Legislativo que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas; para efectos de lo prescrito por el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución Política del Perú.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

S.S.

SIVINA HURTADO

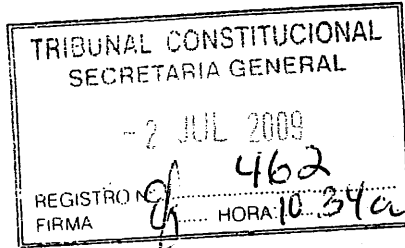
MINAYA CALLE

MONTOYA ALBERTI

VELARDE URDANIVIA

Bravo Basaldúa,
Secretario General

"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"



Lima, 01 de julio de 2009

Oficio n.º 3805-2009-SG/JNE

Señor doctor
FRANCISCO MORALES SARAVIA
Secretario General del Tribunal Constitucional
Jirón Ancash n.º 390
Cercado de Lima.-

08 JUL. 2009

ASUNTO: Certificación de firmas para el inicio de Proceso de Inconstitucionalidad

REFERENCIAS: Trámite de Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n.º 1079

Tengo el agrado de dirigirme a usted con la finalidad de comunicarle que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones ha expedido la Resolución n.º 405-2009-JNE, del 17 de junio de 2009, en el expediente jurisdiccional n.º J-2009-391, sobre Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n.º 1079, el cual es promovido por don Gonzalo Tuanama Tuanama. Adjuntamos copia de la referida resolución, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, es propicia la oportunidad para manifestarle mi deferente estima.

Atentamente,



Roque Bravo
ROQUE AUGUSTO BRAVO BASALDÚA
SECRETARIO GENERAL
JURADO NACIONAL DE ELECCIONES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
Fecha	07.07.09
Dirigido a:	Relatoría
Asunto:	adls
FRANCISCO MORALES SARAVIA SECRETARIO GENERAL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	

RBB/jcc

Av. Nicolás de Piérola N° 1080
Lima 1 - Perú
Central Telefónica: 311-1700 Anexo: 2019
www.jne.gob.pe



Carlos Trujillo Olveros
CARLOS TRUJILLO OLVEROS
SECRETARIA GENERAL-NOTIFICACIONES
JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

Jurado Nacional de Elecciones
Resolución n.º 405 -2009 - JNE

Expediente n.º J-2009-391

Lima, diecisiete de junio de dos mil nueve

VISTO el expediente sobre verificación de autenticidad de firmas de adherentes para interponer Proceso de Inconstitucionalidad promovido por don Gonzalo Tuanama Tuanama.

ANTECEDENTES

Con fecha 08 de junio de 2009, don Gonzalo Tuanama Tuanama solicitó la verificación de autenticidad de firmas de adherentes para interponer Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n.º 1079, Decreto Legislativo que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas.

Mediante Oficio N° 3557-2009-SG/JNE, obrante a fojas 05, se envió la documentación pertinente al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

A través de Oficio N° 2485-2009/GOR/RENIEC, que obra a fojas 10, la Gerencia de Operaciones Registrales del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil remitió el Certificado de Cotejo de Registro de Inscripción N° 181-2009-SGAE/GOR/RENIEC, detallando que la solicitud formulada alcanzó un total de siete mil seiscientos noventa y nueve registros válidos.

CONSIDERANDO

1. De conformidad con el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución Política del Perú, pueden interponer Demanda de Inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.
2. Tal como se señaló en los Antecedentes del presente, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil certifica que se han alcanzado un total de siete mil seiscientos noventa y nueve registros válidos, cifra que supera el mínimo de ciudadanos que se requiere para el fin solicitado.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución n.º 405 -2009 - JNE

Por estas consideraciones, el Jurado Nacional de Elecciones;

RESUELVE:

Artículo Único.- Poner en conocimiento del Tribunal Constitucional y de don Gonzalo Tuanama Tuanama, la certificación de siete mil seiscientos noventa y nueve registros válidos de adherentes, otorgada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en el trámite del Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n.º 1079, Decreto Legislativo que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas; para efectos de lo prescrito por el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución Política del Perú.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

S.S.

SIVINA HURTADO

MINAYA CALLE

MONTOYA ALBERTI

VELARDE URDANIVIA

Bravo Basaldúa,
Secretario General



Carlos Trujillo Olmeros
CARLOS TRUJILLO OLMEROS
SECRETARIA GENERAL-NOTIFICACIONES
JURADO NACIONAL DE ELECCIONES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00023-2009-PI/TC
LIMA
GONZALO TUANAMA TUANAMA
Y 7699 CIUDADANOS

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 1 de julio de 2009

VISTA

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de siete mil seiscientos noventa y nueve ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N° 1079, mediante el cual se establecen medidas para garantizar el patrimonio de las áreas naturales protegidas, publicado el 28 de junio de 2008 en el diario oficial *El Peruano*; y,

ATENDIENDO A

1. Que los procesos de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución Política frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.
2. Que la demanda ha sido interpuesta con el propósito que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1079 por aspectos de fondo.
3. Que conforme a lo prescrito en el artículo 203°, inciso 5) de la Constitución Política del Perú y en concordancia con el artículo 99° del Código Procesal Constitucional, están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, lo cual en el caso se acredita mediante Resolución N° 405-2009-JNE del 17 de junio de 2009, cumpliéndose de esta forma con el requisito establecido en el inciso 3) del artículo 102° del Código Procesal Constitucional.
4. Que la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo prescriptorio y se han adjuntado los documentos requeridos en el artículo 101° del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00023-2009-PI/TC
LIMA
GONZALO TUANAMA TUANAMA
Y 7699 CIUDADANOS

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

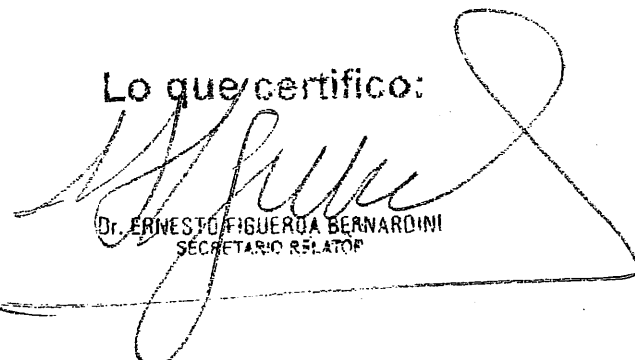
1. Declarar **ADMISIBLE** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Gonzalo Tuanama Tuanama contra el Decreto Legislativo N° 1079.
2. Correr traslado de la demanda al Poder Ejecutivo de acuerdo a lo prescrito por el inciso 2) del artículo 107° del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:


Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 3 de setiembre de 2009

Oficio N° 0680-2009-SR/TC

Señor:
GONZALO TUANAMA TUANAMA
Representante de ciudadanos
Calle Bolívar N° 472, Of. N° 1104, Miraflores

LIMA

Ref. Expediente 0023-2009-PI/TC

De mi especial consideración:

Me dirijo a usted por encargo del señor Presidente del Tribunal Constitucional, con el objeto de remitir copia certificada a fojas 02 de la resolución de fecha 1 de julio de 2009 recaída en el expediente de la referencia.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO

Dr. Ernesto Figueroa Bernardini
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Lima, 3 de setiembre de 2009

Oficio N° 0681-2009-SR/TC

Señor:
AURELIO PASTOR VALDIVIESO
Presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado
Ministerio de Justicia
Jr. Chipión Llona N° 350, Miraflores

LIMA

Ref. Expediente 0023-2009-PI/TC

De mi especial consideración:

Me dirijo a usted por encargo del señor Presidente del Tribunal Constitucional, con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 107° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, en cuya virtud el Tribunal se encuentra en la obligación de poner la demanda adjunta en su conocimiento.

Con este propósito, se acompaña además, a fojas 02, copia certificada de la correspondiente resolución de fecha 1 de julio de 2009.

Atentamente,

ORIGINAL FRENTE

Dr. Ernesto Figueroa Bernardini
Secretario Relator

Adj. 16 fs.

020254



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Of. Trámite Documentario y
Archivo

2009 SEP 21 AM 9 06

Exp.: 023-2009-PI/TC

Sec.:

SOLICITA SUBSANACION DE OFICIO

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

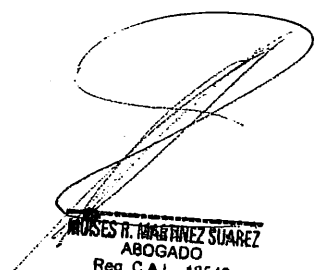
MOISES MARTINEZ SUAREZ, abogado de Gonzalo Tuanama Tuanama y adherentes, en el proceso de Inconstitucionalidad iniciado contra el Dec. Leg. 1079, ante Vuestra Presidencia, manifestamos:

Que, habiendo sido notificados de la Resolución N° 01 por la que se admite a trámite nuestra demanda de inconstitucionalidad, cumplimos con observarla y pedir se **SUBSANE DE OFICIO** (Art. 121 del CP Const.) lo señalado en el punto 2 de la misma, referida a los alcances de nuestra pretensión, la cual se sustenta en cuestionamientos de **forma** (ver el cuarto otrosí de nuestra demanda) y no como se ha señalado erróneamente al indicarse que es por razones de fondo.

POR LO TANTO:

Sírvase Señor Presidente, subsanar lo señalado para una mejor y legal tramitación del presente proceso constitucional.

Lima 21 de Septiembre del 2009


MOISES R. MARTINEZ SUAREZ
ABOGADO
Rea C.A.L. 18548

COEDUCA

1
UNO

032274

Presidencia del Consejo de Ministros
Procuraduría Pública

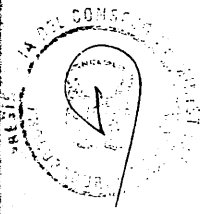
[Handwritten signature]

Expediente: 00023-2009-PI/TC
Escrito : 01
Sumilla : Contesta Demanda

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

RICARDO RAUL CASTRO BELAPATIÑO, Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08329550, designado mediante Resolución Suprema N° 147-2006-JUS; **en mérito a la Resolución N° 022-2009-JUS/CDJE-P** de fecha 10.09.2009, expedida por la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO; EN REPRESENTACION DEL PODER EJECUTIVO**, de conformidad con el artículo 47° de la Constitución Política y el Decreto Legislativo 1068 "Ley de Defensa Jurídica del Estado" me apersono a la instancia, señalando domicilio real y procesal en la **Avenida Armendariz N° 339 - Segundo Piso - Distrito de Miraflores, Provincia y Departamento de Lima**; en la demanda interpuesta por **GONZALO TUANAMA TUANAMA EN REPRESENTACION DE SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS**, sobre **PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD** interpuesto contra el **DECRETO LEGISLATIVO 1079**; ante usted respetuosamente me presento y digo:

I. PETITORIO:



Que, habiéndose admitido a trámite la demanda interpuesta por **GONZALO TUANAMA TUANAMA EN REPRESENTACION DE OCHO MIL TRESCIENTOS SIETE CIUDADANOS**, contra el **DECRETO LEGISLATIVO N° 1079 "DECRETO LEGISLATIVO QUE ESTABLECE MEDIDAS QUE GARANTICEN EL PATRIMONIO DE LAS AREAS NATURALES PROTEGIDAS**, en **representación del Poder Ejecutivo**, de conformidad con el artículo 107° del Código Procesal Constitucional, procedemos a contestar la demanda, solicitando que la misma se declare **INFUNDADA** en todos sus extremos, sobre la base de los fundamentos que pasamos a exponer.

1.1 FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CONTESTACION DE DEMANDA.

La parte demandante, solicita se declare la Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1079, el mismo que establece “**las medidas que garantizan el patrimonio de las áreas naturales protegidas**”, sustentando una supuesta Inconstitucionalidad **FORMAL y MATERIAL**, en base a los siguientes argumentos:

1.1.1 Argumentos de la supuesta Inconstitucionalidad FORMAL.

Los demandantes señalan que “*El Poder Ejecutivo no podía excederse a los marcos previstos en el TLC Perú – Estados Unidos. Máxime cuando el Congreso que es titular de la potestad legislativa, fijó los términos estrictos y razonables del contenido enunciado en la Ley de delegación*”.¹

A decir de la demandante, que independientemente que el Congreso de la República haya delegado al Poder Ejecutivo una materia genérica como la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa modernización del Estado y el fortalecimiento institucional de la gestión ambiental, resultaría Inconstitucional que el Poder Ejecutivo haya realizado una interpretación extensiva de su mandato y se haya considerado implícitamente facultado para legislar sobre las medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas.

1.1.2 Argumentos de la supuesta Inconstitucionalidad MATERIAL del Decreto Legislativo 1079.

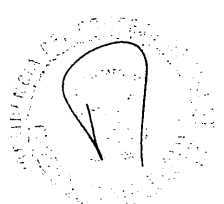
- a) Si bien es cierto, la parte accionante señala en su escrito de demanda que el hecho de no haberse procedido conforme a lo previsto en el Convenio 169 de la OIT antes de expedirse el

¹ Página 03 del escrito de demanda.

Decreto Legislativo 1079, determina una supuesta inconstitucionalidad formal del citado Decreto Legislativo, consideramos que dicho cuestionamiento es de orden material y no Formal, más aún si aunado a él, está una supuesta contravención, a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y propiamente el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Así tenemos que la demanda establece: *"[el Decreto Legislativo 1079] fue legislada y promulgada sin hacerse NINGUNA consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas, tal como lo exige el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, así como también los artículos 19,30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU)".²*

De lo expuesto por los accionantes, el Decreto Legislativo 1079, estaría vulnerando las siguientes normas:

- El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- Artículo 2°, inciso 19 de la Constitución Política, que dispone que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural.
- Artículo 89° de la Constitución Política, que reconoce que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal, son personas jurídicas y que la propiedad sobre sus tierras es imprescriptible; les reconoce asimismo autonomía en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras.



² Página 2 del escrito de demanda.

1.1.3 Ámbito normativo del Decreto Legislativo 1079.

Como es de conocimiento general, uno de los principales problemas que afecta el sector ambiental de nuestro país, es la tala ilegal y el comercio ilegal de fauna silvestre, puesto que dichos actos incluido su tráfico, socavan el comercio de productos provenientes de fuentes de tala legal, reducen el valor económico de los recursos naturales y debilitan los esfuerzos para promover la conservación y el manejo sostenible del recurso.

Con el objeto de superar dicha anomalía se dictó el Decreto Legislativo N° 1079 que regula el procedimiento administrativo sobre asuntos referidos a recursos naturales renovables ubicados en las Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional y establece los principios que garantizan el patrimonio de las áreas naturales protegidas.

Como se podrá advertir, el aliciente del Decreto Legislativo 1079 está dirigido a perfeccionar los mecanismos de aprovechamiento, conservación y custodia de los recursos naturales contenidos en las Áreas Naturales Protegidas del país, además de fijar el tratamiento aplicable a los especímenes, productos y subproductos recuperados o encontrados abandonados en dichas áreas naturales con la única finalidad de combatir el comercio asociado con la tala ilegal y el comercio ilegal de la fauna silvestre y mejorar el marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado. Nada tiene que ver con las comunidades campesinas y nativas, y por ello no hay razón para que personas que asumen representación de éstas, consideren que las afecta.

Como podrá apreciar el Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que señalan los accionantes, el Poder Ejecutivo, no ha propiciado la emisión de norma legal alguna que pretenda regular derechos fundamentales de los pueblos indígenas, ni mucho menos recortar sus derechos fundamentales, lo cual pasamos a demostrar seguidamente.

1.2 FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA CONTESTACION:

1.2.1 EL DECRETO LEGISLATIVO 1079 REUNE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 104° DE LA CONSTITUCION.

El Congreso de la República, por Ley N° 29157, conforme a lo previsto en el artículo 104° de la Constitución Política, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda y materializar el apoyo a la competitividad económica para el aprovechamiento del Acuerdo, dentro del marco previsto en el segundo párrafo del inciso 4 del artículo 101° y en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú.

Respecto a la delegación de facultades establecidas en el artículo 104° de la Constitución Política, autores como **MONTERO GILBERT** y **GARCÍA MORILLO**, han señalado que *“la delegación es un mecanismo que resuelve una situación compleja, caracterizada por la necesidad de normar determinadas materias adecuadamente técnicas y que, en algunos casos, requieren compatibilizarse y unificarse. En tales supuestos, la administración está en una mejor situación para realizar la parte más técnica de la labor legislativa y se delega en ella a este respecto”*.³ En ese mismo orden de ideas, **CARPIO MARCOS** y **VELEZMORO PINTO** precisan que *“rapidez y especialización son dos de las razones esbozadas para explicar el fenómeno de la legislación delegada tanto a favor de la Comisión Permanente como del Ejecutivo”*.⁴

Como bien señala **GARCIA TOMA**, *“en nuestro sistema político-constitucional, la delegación legislativa, comporta el traslado de la función legislativa del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo. Para sustentar nuestro dicho, partamos en principio de un enfoque semántico de los términos que componen esta institución; delegación*

³ MONTERO GILBERT, J.R. y GARCIA MORILLO, J. El Control Parlamentario. Editorial Tecnos. Madrid. 1984. p. 109.

⁴ CARPIO MARCOS, Edgar y VELEZMORO PINTO, Fernando. Facultad legislativa delegada, en La Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. 2005. p. 176.

1.2 FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA CONTESTACION:

1.2.1 EL DECRETO LEGISLATIVO 1079 REUNE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 104° DE LA CONSTITUCION.

El Congreso de la República, por Ley N° 29157, conforme a lo previsto en el artículo 104° de la Constitución Política, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda y materializar el apoyo a la competitividad económica para el aprovechamiento del Acuerdo, dentro del marco previsto en el segundo párrafo del inciso 4 del artículo 101° y en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú.

Respecto a la delegación de facultades establecidas en el artículo 104° de la Constitución Política, autores como **MONTERO GILBERT** y **GARCÍA MORILLO**, han señalado que *“la delegación es un mecanismo que resuelve una situación compleja, caracterizada por la necesidad de normar determinadas materias adecuadamente técnicas y que, en algunos casos, requieren compatibilizarse y unificarse. En tales supuestos, la administración está en una mejor situación para realizar la parte más técnica de la labor legislativa y se delega en ella a este respecto”*.³ En ese mismo orden de ideas, **CARPIO MARCOS** y **VELEZMORO PINTO** precisan que *“rapidez y especialización son dos de las razones esbozadas para explicar el fenómeno de la legislación delegada tanto a favor de la Comisión Permanente como del Ejecutivo”*.⁴

Como bien señala **GARCIA TOMA**, *“en nuestro sistema político-constitucional, la delegación legislativa, comporta el traslado de la función legislativa del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo. Para sustentar nuestro dicho, partamos en principio de un enfoque semántico de los términos que componen esta institución; delegación*

³ MONTERO GILBERT, J.R. y GARCIA MORILLO, J. El Control Parlamentario. Editorial Tecnos. Madrid. 1984. p. 109.

⁴ CARPIO MARCOS, Edgar y VELEZMORO PINTO, Fernando. Facultad legislativa delegada, en La Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. 2005. p. 176.

Sw

y legislativa. Así, tenemos que "delegación" proviene del latín *delegatio-onis*, cuya acepción alude a la acción y efecto de delegar, esto es, dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio. Para que haga sus veces o conferirle su representación. En tanto que, el adjetivo "legislativo" -que proviene del latín *legislar-*, por su parte, se refiere a la potestad o competencia de hacer leyes.

Entonces, desde un enfoque estrictamente semántico, pero no por ello ajeno a lejano al enfoque jurídico, la delegación legislativa, significaría delegar o transferir la competencia que se ostenta para hacer leyes.

Consecuentemente, para que exista delegación legislativa, debe haber entrega o traspaso de competencias legislativas, siendo extraños a ella los casos en que el poder normativo o reglamentario del Poder Ejecutivo se despliega como efecto de competencias que la Constitución le atribuye como propios".⁵

En ese mismo orden de ideas, **RAFAEL BIELSA**⁶ sostiene que "hay delegación cuando a una persona o a un órgano se remite una atribución, misión o encargo para hacer lo que el delegante debería hacer, pero que por razones de conveniencia o de necesidad no hace"⁷.

Como señala **GARCIA TOMA**, a partir de la definición de Bielsa, podemos concluir que todo acto de delegación, implica la concurrencia de dos sujetos (delegante: el Poder Legislativo, y delegado: Poder Ejecutivo), un objeto o materia delegada (la facultad de legislar) y una causa que la justifique (necesidad de celeridad y/o especialización).

Por ello, colegimos que el producto de la delegación legislativa -en nuestro caso, los Decretos Legislativos- son actos que revisten la forma de Decretos del Jefe de Estado -es decir, del Presidente u órgano Ejecutivo- y tienen que la eficacia y el rango normativo de las leyes formales.

Asimismo, la naturaleza jurídica de la delegación legislativa encuentra amparo en el régimen político que establece nuestra

⁵ GARCIA TOMA, Víctor – Informe Legal de fecha 17.09.2008.

⁶ Idem

⁷ BIELSA, Rafael. DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo III Buenos Aires: Editorial DEPALMA, 1955

F
Sule

Constitución, esto es, el semipresidencialismo, modelo que explica perfectamente nuestra afirmación. Es así que nuestra Constitución establece que el Presidente de la República, Jefe de Estado y de Gobierno a la vez, emana de la voluntad popular, por lo que goza de plena legitimidad democrática, por tanto, la delegación legislativa, no es una orden del órgano Legislativo hacia el Ejecutivo para que complemente la tarea normativa; sino, más bien, es una transmisión de funciones de un órgano a otro.

Como bien señala **GARCIA TOMA**, este último modelo si se explica en realidades como la española, donde el Jefe de Gobierno es una emanación del Parlamento; o por lo que es más exacto, por el hecho de que ahí existe la obligatoriedad de que la norma autoritativa contenga un conjunto de principios y criterios que enmarcarán el desarrollo de los Decretos Legislativos. El campo de acción en el ejercicio de la delegación legislativa, es restringido.

"En el Perú el decreto legislativo difiere mucho de su similar español, pues ;a ley autoritativa constituye en nuestro país un verdadero acto de delegación de facultades. Por ello, en consonancia con el artículo 104, el Tribunal Constitucional solo exige que contenga la materia y el plazo sobre el cual se espera que el Poder Ejecutivo legisle. En España, la ley autoritativa debe fijar los principios que el Gobierno desarrollará mediante un decreto legislativo. Como se ve, el amplio margen de actuación del Poder Ejecutivo es la nota diferenciadora en ambos ordenamientos"⁸.

Consecuentemente, la delegación legislativa en el Perú, comporta un mandato o delegación de la potestad legislativa. Esta transferencia de facultades - del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo- no supone una transmisión de la titularidad, sino del ejercicio de una competencia, manteniendo el delegante - el Congreso- el control y la responsabilidad por dicho ejercicio, así como las facultades de derogación o modificación.

Convenimos plenamente con **BERNALES BALLESTEROS** al señalar que ***"la capacidad legislativa del Ejecutivo no es en ninguna parte autónoma y absoluta. Esta nace por***

⁸ Tribunal Constitucional del Perú. "La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2006.

delegación expresa del Parlamento, que retiene per se la atribución de depositario popular de la facultad legislativa".⁹ En tal sentido, debe indicarse que no existen más condiciones, restricciones ni limitaciones al uso de esta facultad constitucional que aquellas que se encuentran expresamente previstas en dicha disposición constitucional. Respecto a la delegación de facultades, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en varias oportunidades, siendo resaltante lo establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 00047-2004-AI/TC, donde señaló que:

EXPEDIENTE N° 00047-2004-AI

VI. FUNDAMENTOS

El decreto legislativo tiene al Poder Ejecutivo como órgano productor. Sin embargo, el Congreso de la República también tiene una intervención indirecta, toda vez que fija la materia y el plazo de la delegación.

Como ya se precisó anteriormente, los artículos 104.º y 101.º, inciso 4, de la Constitución establecen que el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

(Cursiva y subrayado agregado).

Como podemos apreciar, el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la delegación de facultades del Legislativo hacia el Ejecutivo, advirtiendo que dicha delegación tiene como parámetros de control, la propia ley autoritativa y la Constitución.

Cabe reiterar que respecto a la implementación al APC, señalada en la ley autoritativa, se refiere a las adecuaciones normativas que se requieren para cumplir con las obligaciones y/o compromisos asumidos en el APC requeridas para que entre en vigencia. En ese mismo sentido, respecto al aprovechamiento o Agenda Interna, obedece a las políticas públicas o privadas para lograr el mayor beneficio posible del APC (competitividad, promoción de la inversión y el empleo, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa, entre otros).

⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993- Análisis Comparado. Editora RAO S.R.L. Lima. 1999. p. 498.

En la doctrina nacional, **QUIROGA LEON** señala que “dentro de una interpretación constitucional simple, y en aplicación de los principios de interpretación sistemática de la Constitución y de interpretación conforme a la Constitución”¹⁰, se llega a la conclusión de que el requisito esencial desde el punto de vista constitucional, para que los decretos legislativos se consideren han sido promulgados dentro de los parámetros que la Constitución exige, al margen del cumplimiento del plazo otorgado, radica en que los **decretos legislativos así promulgados cumplan con los parámetros señalados taxativamente en la ley autoritativa**, que no se refieran a materia no autorizada, y que cumplan con la finalidad también descrita en la norma de autorización, que aparece definida así:

- (i) **Que los decretos legislativos estén referidos a la facilitación de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento;**
- (ii) **Que el contenido de los decretos legislativos se sujeten estrictamente (sic) a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento, sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades legislativas, se citan en el artículo 1° de la Ley N° 29157, autoritativa de las facultades delegadas.**

De lo expuesto, se puede afirmar que la expresión **“la facilitación de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento”**, constituye el primer marco de referencia teórico e imperativo dentro del cual deben de interpretarse los aspectos normativos

¹⁰ QUIROGA LEON, Anibal – La interpretación constitucional; en AAVV (Edo. Ferrer McG Coordinador); T. TT, Ed. Porrúa-UNAM, México, 2005; pp. 949 y ss.

9

contenidos en los decretos legislativos que han sido promulgados por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades delegadas por el Congreso de la República.

El segundo marco interpretativo, que se subsume dentro del anteriormente citado, está constituida por la expresión: **“que el contenido de los decretos legislativos se sujeten estrictamente (sic) a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento ...”**.

El tercer marco de interpretación se halla cerrado en la expresión consignada respecto del ejercicio concreto de estas facultades legislativas deberá hacerse: **“sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades legislativas, se citan en el artículo 1° de la Ley N° 29157, autoritativa de las facultades delegadas”**.

En consecuencia, en la medida en que las distintas materias que aparecen consignadas en los Decretos Legislativos **-como es el caso del Decreto Legislativo 1079 objeto de control constitucional en el presente proceso-** se hallen insertas dentro de las facultades delegadas consignadas en la norma autoritativa y, dentro del marco de referencia antes indicado, ello determinará que las normas apoderadas no resulten inconstitucionales por haberse referido a materia específicamente delegada; es decir, que **dichas normas deberán reputarse como constitucionales por su forma y por el fondo**.

Lo que ha sido desarrollado por la ley autoritativa como marco conceptual de su finalidad o teleología, que es la razón de ser de los Decretos Legislativos así dictados, es que estén dentro de **“... la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda y el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento...”**.

Citando nuevamente a **GARCIA TOMA**, debemos precisar que el artículo 104° de la Constitución establece la potestad del Congreso de delegar a favor del órgano Ejecutivo la facultad de legislar

10
1343

mediante la vía de los denominados Decretos Legislativos. Para tal efecto, señala la norma, se expedirá una ley autoritativa que declare dicha delegación de facultades y transfiera éstas. La Ley autoritativa necesariamente deberá establecer:

- Las materias que definen el marco de las facultades legislativas otorgadas.
- El plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo puede ejercer la delegación concedida.

En relación a la materia delegable, como ya hemos señalado, la Constitución de 1993, evidencia una clara diferencia con la del 1979, al prescribir aquellas materias que no pueden ser sujetas de delegación legislativa.

Conviene insistir en que, a diferencia del modelo español, en el Perú el ejercicio de la delegación legislativa abarca una gran discrecionalidad por parte del Ejecutivo. Es decir, la ley autoritativa fija claramente la materia sobre la cual el Ejecutivo debe legislar, pero ya corresponderá a éste - según su libre análisis y ponderación de la realidad que regulará - decidir los criterios y orientación política que aplicará: (...) la ley autoritativa debe señalar el aspecto específico de la realidad (social, Jurídica, etc.) sobre el cual debe normar el Ejecutivo, pero no la forma como debe hacerlo (...) gozando para este aspecto, de discrecionalidad.¹¹

La discrecionalidad del Poder Ejecutivo, en el llenado de contenido del producto de la delegación legisferante (el Decreto Legislativo) no sólo es una realidad permanente en el tiempo, sino que comporta una necesidad para efectivizar la razón de ser de la transferencia de la referida competencia.

En efecto, negar al Poder Ejecutivo de amplia discrecionalidad para la configuración de la materia encargada de normar; constituiría en la práctica, adicionar un límite más, no contemplado en nuestro ordenamiento constitucional ni practicado en nuestra experiencia política. Los límites son y deben ser: la materia y el, plazo.

¹¹ CARPIO MARCOS, Edgar y VELEZMORO PINTO, Fernando. Op.Cit

11
Once

El artículo 104°, también establece un mecanismo de control respecto de los Decretos Legislativos dictados en virtud de la delegación legislativa. Este control se ejerce del modo siguiente:

- El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o la Comisión Permanente; de los Decretos Legislativos dictados en uso de las facultades legislativas delegadas.
- El Presidente del Congreso debe remitir la dación de cuenta a la comisión parlamentaria que corresponda, a efectos de que esta efectúe el estudio sobre la "utilización correcta o incorrecta de las facultades delegadas.
- La Comisión informante presentará un dictamen de opinión solo en el caso que considere que hubiere encontrado incorrecto el ejercicio de las facultades delegadas. En tal hipótesis, recomendará la derogación o modificación normativa subsanante.

A mayor abundamiento en el tema del control de la delegación legislativa, debemos añadir que, conforme al texto de la Constitución y el Reglamento del Congreso; ésta es posterior. Lo expuesto, se entiende entre otras razones, por la tantas veces proclamada discrecionalidad y libertad del Gobierno en la configuración de los Decretos Legislativos.

Asimismo; sobre la naturaleza jurídica o político del control parlamentario, resulta claro que, en nuestro ordenamiento constitucional, el control que ejerce -a posteriori- el Congreso; es jurídico.

En modo alguno, se puede por la vía del control del ejercicio de la delegación de facultades, evaluar la opción política tomada por el Gobierno, como resultado de su discrecionalidad, al producir el o los Decretos Legislativos. Así no entraría en el examen de control, criterios vinculados a la racionalidad política, la oportunidad, la conveniencia política. En razón a todo lo expuesto cabe señalar lo siguiente:

- a) La delegación legislativa implica la ampliación transitoria de la función legislativa del Poder Ejecutivo, en razón a una autorización expresa del Poder Legislativo.
- b) La delegación legislativa se produce en atención a factores tales como:

- Complejidad técnica de la materia.
- Necesidad de celeridad procedimental.
- Acto de confianza o de respaldo en pro de la implementación de las líneas programáticas de gobierno.
- Práctica política racional de una delegación legislativa amplia y sujeta en buena medida, al tino político del Poder Legislativo.
- Acción contralora sujeta a la verificación del principio de constitucionalidad.

Como podemos apreciar del ámbito de regulación del Decreto legislativo 1079, este se circunscribe al fortalecimiento institucional de la gestión ambiental, relacionado al comercio asociado con la tala ilegal y el comercio ilegal de fauna silvestre, estableciendo un determinado régimen jurídico para **la Recuperación administrativa y el dominio eminencial del Estado**, precisamente el procedimiento administrativo de recuperación de los bienes naturales (fauna o flora silvestre) que se encuentren en manos de particulares al interior de Áreas Naturales Protegidas, obviamente respetando los usos tradicionales de las Comunidades Nativas y las necesidades de subsistencia de las poblaciones locales. Para ello se designó al Ministerio de Ambiente a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas como la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas (**artículo 2**) y se fijaron los parámetros y principios que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas (**artículo 3**), y el tratamiento aplicable a los especímenes, productos y subproductos recuperados o encontrados abandonados en Áreas Naturales Protegidas y su posterior reglamentación (**artículos 4 y 5**).

Por tanto, debemos señalar que la dación del Decreto Legislativo 1079, tiene vinculación directa a la materia delegada en el Ley

B
Teca

29157, la misma que a su vez, está inmersa en el ámbito normativo del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, por lo que **NO puede sostenerse que el Decreto Legislativo excede los alcances de la facultad de legislar concedida por la Ley N° 29157.**

En conclusión, debemos ser enfáticos en señalar que el Decreto legislativo 1079 ha sido expedido en ejercicio de las facultades legislativas delegadas por el Legislativo al Ejecutivo mediante la Ley 29157, siendo que su ámbito de regulación se vincula directamente a dos de las materias delegadas: **la mejora del marco regulatorio (artículo 2.1.b Ley 29157); y el fortalecimiento institucional de la gestión ambiental (artículo 2.1.g Ley 29157), con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú -Estados Unidos (artículo 2.2 Ley 29157).**

Consecuentemente queda descartado el argumento referido a la supuesta Inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo 1079.

1.2.2 **EL DECRETO LEGISLATIVO 1079 NO INCURRE EN INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL.**

Los demandantes, respecto a la supuesta inconstitucionalidad material, precisa básicamente que el Decreto Legislativo 1079, sería inconstitucional por que no se ha sometido a consulta previa a las comunidades campesinas y nativas antes de su aprobación, incumpléndose el Convenio N° 169 de la OIT, hecho que no se ajusta a la verdad conforme pasaremos a exponer.

Como se ha señalado, la ley autoritativa, faculta al Poder Ejecutivo ha emitir legislación pertinente (Decretos Legislativos), a fin de alcanzar dos metas o finalidades específicas, reiterando que conforme a la Constitución y a la práctica política en el Perú, **el Poder Ejecutivo goza de amplia discrecionalidad para el ejercicio de la delegación legislativa; siendo sus parámetros: la materia y el plazo.**

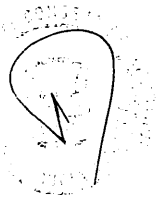
14
Catorce

En el caso concreto que nos ocupa, el Congreso de la República, como sujeto que transfiere la potestad legislativa; ha señalado claramente que las materias están ligadas a dos finalidades: implementación y aprovechamiento del TLC.

Este encargo solo es posible cumplir, haciendo uso de los denominados poderes implícitos. Los poderes implícitos suponen el ejercicio de facultades o competencias que, si bien no se encuentran literalmente señaladas en una norma, su ejercicio se desprende como necesario e inevitable para cumplir un deber a alcanzar una finalidad. Para graficar el sentido y alcance de los denominados "poderes implícitos", resulta de gran utilidad el siguiente pronunciamiento jurisdiccional del Tribunal Constitucional; en el caso Colegio de Abogados del Callao [Expediente N° 013-2002-AI/TC].

"(...) El Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que no es exacto que, cuando la Constitución no lo haya previsto, el legislador ordinario se encuentre vedado de asignar una competencia a un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Dicho de otro modo, que siempre y en todos los casos termine siendo inconstitucional el otorgamiento de una competencia no prevista directamente en la Constitución.

Es el caso, desde luego, de atribuciones que no encontrándose expresamente previstas en la Constitución, sin embargo, son inherentes a la función (poderes implícitos). Como sostuvo el *Chief Justice* John Marshall, en el *Leading Case McColluch vs Maryland*, a propósito del Poder Legislativo: 'Admitimos (...) que los poderes del gobierno son limitados y que sus límites no han de ser sobrepasados. Pero creemos que una sana interpretación de la Constitución debe permitir a la legislatura nacional esa facultad discrecional, con respecto a los medios por los cuales los poderes que se le confieren han de ponerse en ejecución, que permita a ese cuerpo cumplir los altos deberes que se le han asignado, de la manera más beneficiosa para el pueblo. Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios que sean apropiados, que se adapten claramente a ese fin. que no estén prohibidos, pero que sean compatibles con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales' (citado



B
Cuma

por Bernard Schwartz, Los poderes del gobierno. I Poderes federales y estatales, UNAM, México 1966, Pág. 125).

Admitir la tesis del recurrente en todas sus consecuencias, podría poner en riesgo el correcto y adecuado funcionamiento de los diversos órganos constitucionales, esto es, de aquéllos cuyas principales competencias han sido previstas expresamente en la Constitución; y, de manera singular, de los órganos de relevancia constitucional, cuya creación se encuentra establecida directamente en la Constitución, pero el desarrollo de cuyas competencias se deja librado al ámbito de la ley orgánica respectiva."

Consecuentemente, en virtud de la teoría de los poderes implícitos, el Ejecutivo en la delegación de facultades legislativas otorgadas mediante Ley Autoritativa N° 29157, se encontraba autorizado para cubrir las materias que en dicha norma se señalan, así como los temas que permitan alcanzar las finalidades fijadas en el artículo 1 de la norma acotada.

Respecto a la supuesta contravención a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, cuya contravención ha sido señalada por la parte demandante, debemos precisar que dicha Declaración, no ha sido ratificada aún por el Estado Peruano. Por ello, mal hace la parte demandante al establecer la contravención de un instrumento internacional que no forma parte de nuestro ordenamiento al no haber sido ratificado, **careciendo de efectos vinculantes al Estado Peruano.**

INAPLICABILIDAD DEL CONVENIO 169° DE LA OIT:

En relación al CONVENIO 169 de la OIT, debemos precisar que por Resolución Legislativa N° 26253, de fecha 02.12.1993, el Congreso Constituyente Democrático aprobó el "Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", adoptado el 27.06.1989.

Al respecto, debemos señalar que dicho Convenio resulta inaplicable en nuestro país, conforme lo pasamos a exponer:

El inciso b) del numeral 1 del artículo 1° de dicho Convenio, precisa que el mismo se aplica a:

*“los **pueblos** en países independientes, **considerados indígenas** por el hecho de **descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización** o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, **conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas**”.*

Como el Convenio es una norma de alcance universal, no escapará al elevado criterio del Tribunal Constitucional, que su aplicación por cada país adherente a él es en función de su propia realidad. Así lo señala el propio Convenio en su artículo 34° donde expresamente establece que:

*“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio **deberán determinarse con flexibilidad**, teniendo en cuenta las **condiciones propias de cada país**”.* En tal sentido, lo primero que tiene que determinarse es señalar cuáles serían en nuestro país las colectividades a las que habría que considerar Pueblos Indígenas.

Al respecto, consideramos pertinente, referirnos a los Pueblos indígenas, para ello, partimos de la definición esbozada por el relator especial de Naciones Unidas, Sr. José Martínez Cobo, quien sostiene que:

*“**Son comunidades, pueblos y naciones indígenas** los que, teniendo una continuidad histórica con sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, **se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en parte de ellos**. Constituyen ahora **sectores no dominantes** de la sociedad y tienen la determinación de **preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como***

pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.

De la definición citada, podemos advertir que para ser calificado como pueblo indígena, es ser distinto de los otros sectores prevaletentes en la sociedad, *conservando todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*, como señala la definición del Convenio.

Nuestro país, tiene una población predominantemente mestiza, gran parte de las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales, indígenas, con el desarrollo de la civilización **ahora son mestizas**, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de gran parte de las comunidades campesinas de los valles interandinos de la sierra; de manera que darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaletente en la sociedad peruana.

A través del proceso de reforma agraria, algunas de las haciendas expropiadas fueron adjudicadas provisionalmente a los denominados “grupos campesinos”, conformados por los trabajadores de las ex haciendas con el compromiso que en adelante se constituyan en cooperativas o en comunidades campesinas; muchos de los “grupos campesinos” se convirtieron en comunidades campesinas.

En otros casos, migrantes procedentes de la sierra e incluso de la costa dieron origen sobre todo en la selva y ceja de selva a colonizaciones informales que, en algunos casos, fueron reconocidos como comunidades campesinas y en otros, como comunidades nativas.

Este tipo de comunidades, nacidas en un caso, del proceso de reforma agraria, y en otro, como consecuencia de migraciones a la selva y ceja de selva, están muy lejos de ser consideradas pueblos indígenas.

De acuerdo al reporte del Área de Comunidades del COFOPRI, en el país existen Seis Mil Sesenta y seis (6,066) Comunidades Campesinas y Un Mil Cuatrocientos Noventa y siete (1,497)

Comunidades Nativas reconocidas. Teniéndose en cuenta lo expuesto anteriormente, no sería posible considerar a todo ese universo de comunidades como pueblos indígenas, Sin duda algunas podrán tener la condición de pueblos indígenas, pero otras no.

De lo expuesto, resulta arbitrario considerar a todas las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas, siendo lo pertinente y **NECESARIO**, para adaptarse el Convenio 169 de la OIT a nuestro país, es dictarse una la ley en la que se precise bajo que requisitos, condiciones, características, etc., debería considerarse a determinadas comunidades o colectividades sociales en nuestro país, como pueblos indígenas que en buena cuenta van a determinar la implementación del Convenio 169 de la OIT.

Lo expuesto, no constituye un argumento de Defensa ajeno a la verdad, puesto que incluso, tal situación ha sido advertida por la Defensoría del Pueblo, quien conforme a sus atribuciones constitucionales ha propuesto como iniciativa legislativa, la dación de una Ley mediante la cuales podrían establecer las condiciones que facilitan el ejercicio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Al respecto, acompañamos como medio probatorio el Oficio N° 0179-2009-DP de fecha 06.07.2009 (fecha posterior a la interposición de la demanda), mediante el cual la Defensora del Pueblo hace llegar la propuesta normativa al titular del Congreso de la República, debiendo precisar que dicho proyecto el mismo día de recepción (06.07.2009), ha sido remitido a las siguientes comisiones:

- Comisión de Constitución y Reglamento.
- Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología.

Lo expuesto, guarda plena armonía con lo previsto en el inciso a) de artículo 6° del Convenio 169 de la OIT donde se establece que los gobiernos:

*“deberán 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".

De lo señalado taxativamente en el propio Convenio 169, se evidencia que sería una ley la que identifique a los pueblos indígenas a los que haya que aplicar dicho Convenio 169 de la OIT en la que también se establecería el procedimiento para consultarles en los casos que se deban dictar medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente.

Por tanto, no se puede establecer la Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1079 ni de ninguna norma legal con rango de Ley por no haberse efectuado la consulta previa a pueblos indígenas, por cuanto estos no están identificados en nuestro país, propiamente, no existe una norma legal que establezca los lineamientos y parámetros para su determinación, ni materias específicas materia de consulta, mucho menos existe norma legal que establezca el procedimiento para llevar a cabo la citada consulta, debiendo determinar:

- a) Cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país comprendidos en los alcances del Convenio 169 de la OIT.
- b) Cuáles los temas a serles consultado.
- c) Bajo que procedimiento (s) se produciría la consulta.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, en el caso que el Tribunal Constitucional, estime la aplicación vigente del Convenio 169, debemos precisar que dicho derecho, esto es, el derecho de la comunidad nativa o campesina de ser consultada previamente, y la correspondiente obligación estatal de consultar, **sólo surge respecto de asuntos que les afecte directamente**. Por tanto, es necesario efectuar dos exámenes a saber:

- **Examinar si les afecta o no.**
- **En el caso de existir afectación, si esta es de manera directa.**

En el presente caso, existen razones que determinan la inexistencia de afectación, por lo que resulta inviable centrarnos

en el segundo análisis. Así tenemos que las razones que determinan la inexistencia de afectación son las siguientes:

- a. El ámbito de aplicación del Decreto legislativo 1079 esta dirigido al perfeccionamiento de los mecanismos de aprovechamiento y custodia de los recursos naturales contenidos en las Áreas Naturales Protegidas y su conservación.

En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1079, al designar expresamente como autoridad competente al Ministerio del Ambiente y al SERNANP (**Artículo 1**) como administradores del patrimonio natural en áreas naturales protegidas, al establecer principios que garantizan el patrimonio en áreas naturales protegidas (**Artículo 3**), y al implementar mecanismos de recuperación para resguardar el patrimonio natural en las áreas naturales protegidas (**Artículo 4**), se enmarca en el objetivo constitucional de conservación de las áreas naturales protegidas establecida en el artículo 68° de la Constitución Política del Perú, y se enmarca a su vez dentro de la materias delegadas de mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado, así como del fortalecimiento institucional de la gestión ambiental a la que refieren los incisos b) y g) de la Ley N° 29157.



Por tanto, es evidente que el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1079, no afecta a las comunidades nativas y campesinas, por lo que la pretensión de consulta previa antes de la aprobación de esta norma con rango de ley, no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del mencionado derecho fundamental de consulta; lo cual permite concluir que el hecho de no haberse realizado la consulta, no convierte en inconstitucional al Decreto Legislativo 1079:

Finalmente, conforme al principio de interpretación de las leyes desde y conforme a la Constitución, hace inexigible, someter al Decreto Legislativo 1079 a un análisis de constitucionalidad indirecta, por supuesta contravención al Convenido 169 de la OIT, por cuanto, no existe Ley ordinaria que establezca el desarrollo interno de dicho Convenio, por tanto, queda descartada la existencia de vicios de Inconstitucionalidad sobre el Decreto

Legislativo 1079, por lo que solicitamos al supremo Tribunal, se sirva declarar Infundada la demanda en todos sus extremos.

III. MEDIOS PROBATORIOS:

1. El mérito de la Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1079.
2. El mérito de la sentencia recaída en el expediente N° 00047-2004-AI, donde el Tribunal Constitucional estable la potestad de legislar vía Decretos Legislativos.
3. El mérito de los Informe Legal de fecha 17.09.2008 evacuado por el Dr. Víctor García Toma.
4. El mérito del Informe N° 189-2009-SERNAP -SG-OAJ de fecha 06.10.2009 evacuado por la Oficina de Asesoría Jurídica del SERNARP.
5. El mérito del Oficio N° 0179-2009-DP de fecha 06.07.2009 dirigido por la Defensoría del Pueblo al titular del Congreso de la República alcanzando el proyecto de Ley sobre el procedimiento de consulta al que alude el Decreto Legislativo 1079.
6. El mérito de las partes pertinentes de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 00013-2002-AI/TC.

IV. ANEXOS.

1.A: Copia simple de mi Documento Nacional de Identidad.

1.B: Copia simple de la Resolución Suprema 147-2006-JUS mediante la cual se me designa como Procurador Público.

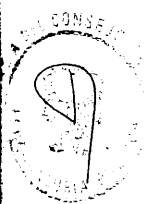
1.C: Copia simple de la Resolución N° 022-2009-JUS/CDJE-P de fecha 10.09.2009, expedida por la Presidencia del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

1.D: Copia simple de la Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1079.

1.E: Copia simple de las partes pertinentes de la sentencia recaída en el expediente N° 00047-2004-AI, donde el Tribunal Constitucional estable la potestad de legislar vía Decretos Legislativos.

1.F: Copia del Informe Legal de fecha 17.09.2008 evacuado por el Dr. Víctor García Toma.

1.G: Copia del Oficio N° 0179-2009-DP de fecha 06.07.2009 dirigido por la Defensoría del Pueblo al titular del Congreso de la República alcanzando el proyecto de Ley sobre el procedimiento de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT.

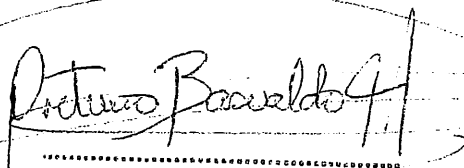


7. **1.H:** Copia del Informe N° 189-2009-SERNAP -SG-OAJ de fecha 06.10.2009 evacuado por la Oficina de Asesoría Jurídica del SERNARP.

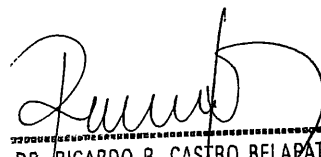
1.I: Copia de las partes pertinentes de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 013-2002-AI/TC.

OTROSI DIGO: Que, por convenir a los intereses del Estado, al amparo del inciso 5) del artículo 37° del Decreto Supremo 017-2008-JUS mediante el cual se aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado; delego representación del sector a favor de los siguientes letrados: Procurador Adjunto Dr. **HENMER ALVA NEYRA** y/o Dr. **ARTURO FRANCISCO BASUALDO HILARIO** y/o Dr. **CARLOS MANUEL GALLEGOS PUMA** y/o Dr. **BRIAN ADRIAN BOCARDO CALDERON**; para que individual o conjuntamente, representen al PODER EJECUTIVO en el presente proceso conforme a las facultades conferidas en la Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

Miraflores, 19 de octubre de 2009.



ARTURO BASUALDO HILARIO
ABOGADO
Reg. C.A.L. 46013



DR. RICARDO R. CASTRO BELAPATIO
Procurador Público
Presidencia del Consejo de Ministros
Reg. C.A.L. N° 15846

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Aceptar la renuncia formulada por el señor abogado Antonio Luis Jorge Maldonado Paredes, como Procurador Público Ad Hoc designado mediante Resolución Suprema Nº 267-2004-JUS; dándosele las gracias por los importantes servicios prestados.

Artículo 2º.- La presente Resolución Suprema será refrendada por la Ministra de Justicia.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

MARÍA ZAVALA VALLADARES
Ministra de Justicia

01670-9

Dan por concluida designación de Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros

RESOLUCIÓN SUPREMA Nº 146-2006-JUS

Lima, 31 de agosto de 2006

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Suprema Nº 080-2005-JUS se designó a la abogada LEYLA AGUEDA CAVERO SOTO como Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros;

Que, resulta pertinente dar por concluida la designación de dicha funcionaria;

Que, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 002-2001-JUS; y,

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Dar por concluida la designación de la abogada LEYLA AGUEDA CAVERO SOTO en el cargo de Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros, dándosele las gracias por los servicios prestados.

Artículo 2º.- La presente Resolución Suprema será refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y por la Ministra de Justicia.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ
Presidente del Consejo de Ministros

MARÍA ZAVALA VALLADARES
Ministra de Justicia

01670-10

Designan Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros

RESOLUCIÓN SUPREMA Nº 147-2006-JUS

Lima, 31 de agosto de 2006

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 16º del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros,

aprobado mediante Decreto Supremo Nº 094-2005-PCM prevé que la Procuraduría Pública es el órgano a cargo de la defensa judicial de los intereses de la Presidencia del Consejo de Ministros. Añade que está a cargo de un Procurador Público designado por Resolución Suprema del Sector Justicia con refrendo del Ministro de Justicia y del Presidente del Consejo de Ministros;

Que, encontrándose vacante el cargo de Procurador a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros, resulta pertinente designar al funcionario que lo desempeñará;

De conformidad con lo dispuesto por el Decreto de Urgencia Nº 021-2006, el Decreto Supremo Nº 002-2001-JUS y el Decreto Supremo Nº 094-2005-PCM; y,

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Designar al abogado RICARDO RAÚL CASTRO BELAPATINO en el cargo de Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Artículo 2º.- La presente Resolución Suprema será refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y la Ministra de Justicia.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ
Presidente del Consejo de Ministros

MARÍA A. ZAVALA VALLADARES
Ministra de Justicia

01670-11

Designan Presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado, en representación de la Ministra de Justicia

RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 421-2006-JUS

Lima, 31 de agosto de 2006

VISTA, la Resolución Ministerial Nº 390-2006-JUS, de fecha 15 de agosto de 2006.

CONSIDERANDO:

Que, el Consejo de Defensa Judicial del Estado está presidido por el Ministro de Justicia o la persona que éste designe;

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 390-2006-JUS, se aceptó la renuncia del señor abogado Ricardo Martín Mora como Presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado, por lo que resulta necesario designar al profesional que represente a la señora Ministra de Justicia en la Presidencia de dicho Consejo;

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley Nº 17537 - Ley que crea el Consejo de Defensa Judicial del Estado, el Decreto Ley Nº 25993 - Ley Orgánica del Sector Justicia, y el Decreto Supremo Nº 002-2000-JUS - Reglamento del Consejo de Defensa Judicial del Estado;

SE RESUELVE:

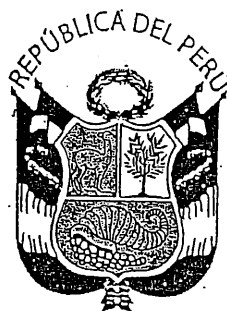
Artículo Único.- Designar al señor abogado MOISES TAMBINI DEL VALLE como Presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado, en representación de la señora Ministra de Justicia.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MARÍA A. ZAVALA VALLADARES
Ministra de Justicia

01666-1

1B 24
Veruband



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

AC 25
ventane

Rosa María Silva Hurtado
ROSA MARIA SILVA HURTADO
Secretaria Técnica
Consejo de Defensa Jurídica del Estado
MINISTERIO DE JUSTICIA

Resolución de la Presidencia del Consejo de Defensa Jurídica del Estado

Lima, 10 SET. 2009

Nº 022-2009-JUS/CDJE

VISTO, los Oficios Nº 0665-2009-SR/TC, Nº 0676-2009-SR/TC, Nº 0679-2009-SR/TC y Nº 0681-2009-SR/TC del Secretario Relator del Tribunal Constitucional;

CONSIDERANDO:

Que, la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 47º de la Constitución Política del Perú;

Que, mediante Decreto Legislativo Nº 1068 se crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, arbitrajes y conciliaciones;

Que, mediante los documentos de visto, el Secretario Relator del Tribunal Constitucional, doctor Ernesto Figueroa Bernardini, remite al Consejo de Defensa Jurídica del Estado las siguientes Resoluciones del Tribunal Constitucional: a) Resolución de fecha 22 de julio de 2009, que admite a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Gonzalo Tuanama Tuanama en representación de seis mil doscientos veintiséis (6226) ciudadanos, contra el Decreto Legislativo Nº 994, que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, publicado el 13 de marzo de 2008 en el diario oficial El Peruano, la misma que se viene tramitando ante dicho Tribunal con el Expediente Nº 00024-2009-PI/TC; b) Resolución de fecha 22 de julio de 2009, que admite a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Gonzalo Tuanama Tuanama en representación de ocho mil trescientos siete (8307) ciudadanos, contra el Decreto Legislativo Nº 1020, que promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario, publicado el 10 de junio de 2008 en el diario oficial El Peruano, la misma que se viene tramitando ante dicho Tribunal con el Expediente Nº 00027-2009-PI/TC; c) Resolución de fecha 1 de julio de 2009, que admite a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Gonzalo Tuanama Tuanama en representación de ocho mil ciento cincuenta y seis (8156) ciudadanos, contra el Decreto Legislativo Nº 1089, que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicado el 28 de junio de 2008 en el diario oficial El Peruano, la misma que se viene tramitando ante dicho Tribunal con el Expediente Nº 00022-2009-



26
veintiseis

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

[Signature]
ROSA MARÍA SILVA HURTADO
Secretaría Técnica
Consejo de Defensa Jurídica del Estado
MINISTERIO DE JUSTICIA

PI/TC; y d) Resolución de fecha 1 de julio de 2009, que admite a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Gonzalo Tuanama Tuanama en representación de siete mil seiscientos noventa y nueve (7699) ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N° 1079, que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas, publicado el 28 de junio de 2008 en el diario oficial El Peruano, la misma que se viene tramitando ante dicho Tribunal con el Expediente N° 00023-2009-PI/TC;



Que, el inciso 2 del artículo 16° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, establece que es una atribución del Presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado designar a un Procurador Público para que defienda al Poder Ejecutivo en los procesos de inconstitucionalidad sobre impugnación de Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia o Tratados Internacionales;

Que, en ese sentido, es necesario adoptar las acciones pertinentes que aseguren la normal y eficiente defensa de los intereses del Estado;

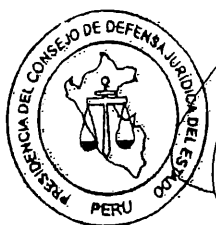
De conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1068 por el cual se crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2008-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Designar al Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, señor abogado Ricardo Raúl Castro Belapatiño, para que en representación del Poder Ejecutivo asuma la defensa del Estado ante Tribunal Constitucional en los procesos a los que se hace referencia en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Remitir copia de la presente Resolución al Procurador Público antes mencionado, para su conocimiento y fines.

Regístrese y comuníquese.



[Signature]
AURELIO PASTOR VALDIVIESO
Presidente
Consejo de D. J.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Resulta de importancia para el país además de la necesaria asignación de recursos para las labores de protección de nuestro patrimonio, implementará nuevas estrategias para enfrentar las amenazas que afectan las áreas naturales protegidas, particularmente en lo referido a la tala ilegal. La implementación de los acuerdos del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos así como la conformación del Ministerio del Ambiente hacen necesario complementar el marco normativo para cautelar de manera eficaz el Patrimonio Natural de la Nación.

Las labores de protección de las áreas naturales protegidas vienen siendo realizadas por el personal asignado a dichas áreas, sin embargo existen en el marco normativo ciertas figuras jurídicas que contribuyen en forma perversa al comercio ilegal de flora y fauna silvestre, siendo una de ellas referida a la carga de la prueba, donde el Estado debe demostrar que es titular del Patrimonio que custodia.

Muestra de dicha incongruencia se aprecia en los constantes casos de intervenciones en las Áreas Naturales Protegidas (ANP), que al hallar a una persona en posesión de madera o fauna recién extraída¹, ésta alega que son de su propiedad, por lo que en aplicación del procedimiento se le debe otorgar al intervenido un plazo de cinco (5) días para que realice sus descargos, luego de lo cual recién podría iniciarse el proceso administrativo sancionador, que de ser el caso puede llegar a la instancia judicial, que en muchos casos es favorable a los denunciados, resultando que lo ilegal llega a legalizarse. Pero, si el ejemplar de fauna silvestre intervenido es una especie en Peligro Crítico cómo puede alegar este infractor que es de su propiedad, si el mismo no puede ingresar al comercio por su grado de protección, pero igualmente tendría que iniciarse el procedimiento establecido que no contempla estas particularidades.

Resulta evidente que el actual procedimiento está errado de origen, siendo el punto crítico admitir la posibilidad de presumir un derecho posesorio sobre un bien que a la vez está sujeto a normas que prohíben su extracción de las Áreas Naturales Protegidas.

Es necesario por ello mejorar el marco normativo para garantizar el manejo sostenible de nuestros recursos forestales, que a efectos de la implementación de los compromisos adquiridos con la suscripción del TLC con los Estados Unidos de América, el Estado Peruano asumió el compromiso de mejorar la gestión ambiental forestal en Áreas Naturales Protegidas.

Dicha mejora en la gestión debe complementarse con el aumento del número del personal a cargo de la protección de estos recursos, el mismo que debe contar con las herramientas normativas procedimentales necesarias para la

¹ Estos individuos son hallados con evidentes signos de ser extractores ilegales (motosierras, trampas, combustible almacenado, en algunos casos con armas y sin documentos de identidad).

defensa de del patrimonio natural y cumplir con los objetivos de aprovechamiento sostenible de nuestro patrimonio forestal.

Sin duda este problema deberá ser enfrentado también por los gobiernos regionales que están asumiendo las competencias de la protección del patrimonio forestal. Una transferencia de competencias en este contexto sólo es trasladar el problema a las regiones.

Por tanto, urge formalizar la figura de la recuperación administrativa por parte del Estado, de los ejemplares, productos o sub productos de fauna o flora silvestre, dada la naturaleza de estos bienes (dominio público). La recuperación administrativa de los bienes naturales (fauna o flora silvestre) consiste en el restablecimiento de la plena posesión de la administración del Estado de los bienes de las ANP.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 73º de la Constitución, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Estas previsiones constitucionales son de plena aplicación a las ANP, ya que las mismas por su propia naturaleza y por mandato legal, son de dominio público. En este sentido, la Ley Nº 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas señala: "...Las Áreas Naturales Protegidas, (...), son de dominio público y no podrán ser adjudicadas en propiedad a los particulares". En ese sentido, cuando la norma señala que las ANP no podrán ser adjudicadas en propiedad se alude no sólo al íntegro de un ANP, sino a todas sus partes. Los bienes naturales de las ANP son de dominio público, por lo que están sometidos a un régimen jurídico especial del Derecho Público, caracterizado por su inalienabilidad e imprescriptibilidad.

Esta potestad puede enmarcarse dentro de lo que se conoce como "autotutela" de la administración. El ejercicio de esta potestad es ejecutivo (debido a la especialidad del bien que no está sujeto al comercio), no necesitando de los procedimientos aplicables a los procesos sancionadores para realizarlo. Es importante entender que esto es así porque la recuperación no es un "decomiso" y por lo tanto no es una sanción por lo que no se debe regir por las normas que regulan su aplicación.

La sanción se aplica a los instrumentos utilizados por el infractor. El Estado tiene la potestad (como titular del patrimonio de la Nación) de ejercer la facultad de recuperación posesoria, cuya aplicación tiene como objetivo principal la defensa de los bienes de dominio público de las áreas naturales protegidas.

El presente Decreto Legislativo establece principios que garantizan el Patrimonio de la Áreas Naturales Protegidas, tales como la presunción de la posesión inmediata del Estado sobre todos los especímenes de flora y fauna silvestre así como sus productos o sub-productos, que son parte de las Áreas Naturales Protegidas.

Asimismo, se establece que la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente a través del Servicio.

Nacional de Áreas Naturales Protegidas, precisándose que sin perjuicio de ello, en los casos de superposición de funciones o potestades con otra autoridad respecto de las Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional, prevalecen las otorgadas al Ministerio del Ambiente.

Asimismo, no es posible adquirir por posesión algunos de los elementos señalados anteriormente, por parte de un particular ya que no es posible su adquisición originaria, la accesión natural, ni la tradición. Tampoco es posible la interrupción de la posesión del Estado sobre dichos bienes, por lo que éste, puede realizar actos de recuperación administrativa de dichos bienes en uso de su capacidad de autotutela.

Por otro lado, se presume que todo espécimen de flora o fauna silvestre, sus productos o subproductos, que se encuentren ubicados dentro de un Área Natural Protegida, son bienes de dominio público; de encontrarse a alguna persona con alguno de ellos sin que acredite su adquisición legítima, se presume que los ha obtenido mediante un apoderamiento ilegítimo.

La existencia de bienes inmuebles debidamente registrados propiedad de particulares al interior de un Área Natural Protegida de ámbito nacional, no da derecho posesorio sobre los especímenes de flora o fauna silvestre.

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

El presente Decreto Legislativo establece los principios que regirán los procedimientos administrativos que garanticen medidas de defensa de los recursos naturales renovables ubicados en Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional lo que permitirá una mejor protección para dichas áreas, ya que los agentes públicos contarán con las herramientas procedimentales necesarias para la defensa del patrimonio natural y cumplir con los objetivos de aprovechamiento sostenible de nuestro patrimonio forestal.

De esta manera se elimina el actual procedimiento donde el punto crítico estaba en la posibilidad de presumir un derecho posesorio sobre un bien que a la vez está sujeto a normas que prohíben su extracción de las Áreas Naturales Protegidas, lo que constituía un mecanismo adverso contra el sistema de protección de las ANP.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente Decreto Legislativo establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas, cuyas disposiciones son aplicadas e interpretadas en el marco de las Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, así como de sus normas modificatorias y ampliatorias.

Se precisa que el Ministerio del Ambiente es la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales, a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

Se establecen los principios rectores del procedimiento administrativo para la defensa de los recursos naturales renovables ubicados en Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional, como el de prevención, del dominio eminential, de protección administrativa y de gobernanza ambiental.

31
1E frente
Jho

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
EXP. N.º 047-2004-AI/TC

SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 24 de abril de 2006

José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado)

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N.º 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27971)

Magistrados presentes:

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

En términos generales, debe señalarse tajantemente que el Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina "límites materiales", e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como "intangibles".^{27[27]}

Del mismo modo, con relación a los límites materiales del poder de reforma constitucional debemos considerar que pueden ser expresos o implícitos. A Ambos se les considera principios supremos del ordenamiento constitucional y son intangibles para el poder reformador de la Constitución^{28[28]}. Sobre los límites materiales expresos el Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 32.º de la Constitución reconoce como límite expreso el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales^{29[29]}. Y, en cuanto a los límites materiales implícitos este colegiado ha subrayado como los más importantes a la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno y en general, el régimen político y la forma del Estado^{30[30]}.

2.1.3. Las fuentes de derecho reguladas por la Constitución: modos de producción jurídica

15. 15. El sistema de fuentes regulado por la Constitución consagra diversos tipos normativos. Principalmente, las normas con rango de ley y aquellas de rango reglamentario. Entre las primeras, nuestro sistema jurídico consagra una serie de tipos normativos que, si bien tienen el mismo rango jurídico, difieren en su denominación y en su modo de producción. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

(...) el inciso 4.º del artículo 200.º de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas.^{31[31]}

A continuación desarrollaremos brevemente cada uno de los tipos normativos y lo que sobre ellos ha establecido el Tribunal Constitucional.

2.1.3.1. Fuentes normativas o formas normativas

2.1.3.1.1. Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley

2.1.3.1.1.1. Las leyes

16. 16. Pueden definirse como las prescripciones normativas generales y escritas emanadas del Congreso de la República, conforme a un procedimiento prefijado por la Constitución.

^{27[27]} *Ibid.*, fundamento 32.

^{28[28]} *Ibid.*, fundamento 33.

^{29[29]} *Ibid.*, fundamento 33.

^{30[30]} Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 76.

^{31[31]} Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamento 13.

Respecto a la "ley" como fuente de derecho este Colegiado ha precisado que:

Con relación a la fuente normativa denominada ley, en sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1 del artículo 102° de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45° de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43° de la Constitución. Y en segundo lugar, que para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan.^{32[32]}

Agregando que:

(...) conforme al sistema de fuentes diseñado por la Norma Suprema y a sus artículos 51.°, 200.° inciso 4), 102.° inciso 1) y 106.°, la categoría normativa de leyes comprende a las leyes ordinarias y a las leyes orgánicas, las cuales tiene la misma jerarquía jurídica.^{33[33]}

En efecto, atendiendo a los criterios jurisprudenciales expuestos respecto de la fuente o forma normativa ley, podemos considerar los siguientes tipos:

Ley de reforma constitucional: Se trata de dispositivos que materializan la reforma de la Constitución. Están sujetas al procedimiento especial previsto en el artículo 206° de la Constitución^{34[34]}.

Ley ordinaria: Es la expedida por el Congreso de la República (inciso 1.° del artículo 102.° de la Constitución) y su modo de producción está regulado por los artículos 105.°, 107.°, 108.° y 109.° de la Constitución. En rigor puede normar cualquier materia, con excepción de las reservadas a la ley orgánica conforme al artículo 106.° de la Constitución y las que sean materia exclusiva de los gobiernos regionales o municipales.

Ahora bien, no debe confundirse el tipo de ley, en este caso ordinaria, con su denominación. En efecto, contrariamente a lo que ocurre con la forma normativa ley y sus tipos básicos (ley ordinaria y ley orgánica), la denominación de la ley puede ser diversa y variada, sin que por ello se afecte el modo de producción y el órgano que la expide. Al respecto, se ha acotado que:

^{32[32]} Caso Ley Marco del Empleo Público, Exp. N.° 008-2005-PI/TC, fundamento 9.

^{33[33]} Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.° 0022-2004-AI/TC, fundamento 16.

^{34[34]} Al respecto, el Tribunal Constitucional apunta que "(...) es posible asignar a tales leyes la calidad de fuentes normativas susceptibles de control de validez (...)", fundamento 7, Caso Colegio de Abogados del Cusco y otros, Resolución del Tribunal Constitucional, Exp. N.° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005 y 0007-2005-PI/TC (Acumulados).

Este Colegiado estima también que el Congreso de la República, al detentar la competencia exclusiva en la producción de la fuente normativa de ley, goza de la autonomía inherente, en el marco de la Constitución, del Reglamento del Congreso y de las leyes, para precisar la denominación de las leyes que expide; así por ejemplo, el caso de la Ley N.º 28175, que fue denominada Ley Marco del Empleo Público, hoy cuestionada por los demandantes.

La facultad de otorgar una denominación ha sido desarrollada por la Ley N.º 26889, Ley Marco para la producción y sistematización legislativa, cuyo artículo 3.º dispone que: "La Ley debe tener una denominación oficial que exprese su alcance integral. La denominación forma parte del texto oficial de la Ley y corresponde al Congreso de la República asignársela, salvo en los casos de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia, en los cuales es el Poder Ejecutivo quien asigna la denominación". En ese sentido, el Congreso de la República e incluso el Poder Ejecutivo, en el caso de Decretos Legislativos, son competentes para asignar determinadas denominaciones cuando se trata de leyes que regulan aspectos generales sobre una materia a fin de sintetizar su alcance integral, empleando para ello las denominaciones de Ley de Bases, Ley Marco y Ley General, según corresponda, pero que, en definitiva, constituyen la fuente normativa de ley expedida por el Congreso de la República.^{35[35]}

Por otro lado, y siempre dentro del tipo de ley ordinaria, nuestra Constitución establece algunos subtipos de la ley ordinaria, con especiales características, pero que en esencia mantienen la condición de ley ordinaria porque su modo de producción es el establecido por la Constitución.

Así, por ejemplo, el artículo 104.º de la Constitución se refiere a la ley autoritativa, mediante la cual el Congreso de la República delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar a través de Decretos Legislativos. Dicha ley tiene dos elementos indispensables: la materia específica a delegar y el plazo determinado para ejercer la delegación. A su turno, conforme a los artículos 104.º y 101.º, inciso 4.º, de la Constitución, el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

En igual sentido puede hacerse mención a la ley de organización y funciones de los ministerios a que se refiere el artículo 121.º de la Constitución, la cual es ley ordinaria.

Ley de Presupuesto de la República: Los artículos 78.º, 79.º y 80.º de la Constitución especifican las particularidades del modo de producción de la Ley de Presupuesto; se trata por ello de una ley distinta a la ley ordinaria y a la ley orgánica.

^{35[35]} Caso Ley Marco del Empleo Público, Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamento 10.

Ley de la Cuenta General de la República: El artículo 81.º de la Constitución establece el procedimiento para la aprobación de este tipo de ley con características especiales.

Ley Orgánica: Es expedida por el Congreso de la República y su modo de producción debe cumplir los requisitos formales y materiales previstos en el artículo 106.º de la Constitución. Con relación a los requisitos formales dicho artículo dispone:

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquier proyecto de ley y para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Sobre los requisitos materiales el mismo artículo 106.º prescribe:

Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, desde una perspectiva *númerus clausus*, ha establecido que:

Una segunda interpretación del artículo 106.º, siempre desde la perspectiva *númerus clausus*, es aquella que, partiendo del requisito material, propio del modelo de ley orgánica que diseña la Constitución, preserva el principio de unidad en la interpretación de la Constitución. En tal sentido, debe considerarse que el artículo 106.º de la Constitución prevé dos rubros que deben regularse por ley orgánica: a) la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución, las cuales comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82.º, 84.º, 143.º, 150.º, 161.º y 198.º de la Constitución), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad; ello porque la primera parte del artículo 106.º de la Constitución debe interpretarse coherentemente; y b) las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución (dentro de estas últimas se tiene a las contempladas en los artículos 31.º, 66.º y 200.º de la Constitución).^{36[36]}

Respecto a la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución con reserva de ley orgánica, que comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82.º, 84.º, 143.º, 150.º, 161.º y 198.º de la Constitución), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad, en el Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamentos 23 a 32, este Colegiado estableció que las entidades del Estado cuya estructura y funcionamiento deben ser regulados por ley orgánica son:

^{36[36]} Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamento 20.

- - Congreso de la República, asumiendo que el reglamento del Congreso goza de naturaleza equivalente a ley orgánica.^{37[37]}
- - Poder Judicial.
- - Poder Ejecutivo, sólo en cuanto a las disposiciones relativas a los capítulos IV y V del Título IV de la Constitución (Presidencia de la República y Consejo de Ministros), puesto que los ministerios deben ser regulados por ley de organización y funciones –ley ordinaria–, conforme al artículo 121.º de la Constitución.
- - Jurado Nacional de Elecciones.
- - Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- - Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
- - Tribunal Constitucional.
- - Defensoría del Pueblo.
- - Ministerio Público.
- - Consejo Nacional de la Magistratura.
- - Los gobiernos regionales
- - Las municipalidades
- - Superintendencia de Banca y Seguros.
- - Contraloría General de la República.
- - Banco Central de Reserva.

Las otras materias sujetas a reserva de ley orgánica a que se refieren los artículos 31.º, 66.º y 200.º de la Constitución son: el derecho de ser elegido y de elegir libremente a sus representantes, las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales y el ejercicio de las garantías constitucionales, respectivamente.

Finalmente, debe precisarse sobre la ley de desarrollo de la Constitución, expedida por el Congreso de la República, y así denominada por la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que no constituye una categoría especial de la forma normativa ley, sino que comprende tanto a la ley ordinaria como a la ley orgánica. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido:

Con la expresión “Ley de desarrollo constitucional”, la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador. Forman parte de su contenido “natural” las denominadas leyes orgánicas, en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7º y 27º de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas.

^{37[37]} *Ibíd.*, fundamento 23.

Ello significa, desde luego, que la condición de "leyes de desarrollo constitucional" no se agotan en aquellas cuyas materias se ha previsto en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, esto es, a lo que allí se alude como leyes en materia de descentralización y las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos; dado que sobre estas últimas, la Constitución sólo ha exigido del legislador cierto grado de diligencia ("prioridad") en su dictado.^{38[38]}

2.1.3.1.1.2. Resoluciones legislativas

17.17. Se trata de actos parlamentarios que generalmente regulan casos de manera particular y concreto. Representan la excepción a la característica de generalidad de la ley. Tienen rango de ley porque el inciso 1.º del artículo 102.º de la Constitución y el artículo 4.º del Reglamento del Congreso le confieren implícitamente una jerarquía homóloga a la ley.

En efecto, el artículo 102.º, inciso 1 de la Constitución establece que son atribuciones del Congreso de la República dar resoluciones legislativas. Conforme al artículo 72.º del Reglamento del Congreso, mediante el procedimiento legislativo, se aprueban "resoluciones legislativas" y "resoluciones legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso". Por tanto, existen dos tipos de resoluciones legislativas, cuyas particularidades serán distinguidas en el presente apartado.

El artículo 75.º del mencionado reglamento establece que las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable. Conforme al artículo 76.º del mismo Reglamento, las reglas para la presentación de proposiciones de resoluciones legislativas son las siguientes:

- a) a) Las proposiciones de resolución legislativa presentadas por el Poder Ejecutivo estarán referidas a:
- • Aprobación de tratados conforme al artículo 56.º de la Constitución.
 - • Concesión de la prórroga del estado de sitio, la que deberá contener la nómina de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende, conforme al inciso 2.º del artículo 137.º de la Constitución.
 - • Autorización del ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República sin afectar la soberanía nacional, conforme al inciso 8.º del artículo 102.º de la Constitución.
 - • Declaración de guerra y firma de la paz conforme al inciso 16.º del artículo 118.º de la Constitución.
 - • Autorización al Presidente de la República para salir del país, conforme al inciso 1.º del artículo 102.º de la Constitución.

^{38[38]} Caso sesenta y cuatro Congressistas de la República contra los artículos 1º, 2º, 3º, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285 (Exp. N.º 005-2003-AI/TC, fundamento 38.

b) b) Las proposiciones de resolución legislativa presentadas por los Congresistas no podrán versar sobre:

- • Viajes al exterior del Presidente de la República, prórroga del estado de sitio, aprobación de tratados internacionales, autorización del ingreso de tropas extranjeras ni declaración de guerra y firma de la paz.

En términos generales, puede afirmarse que las materias citadas son las reguladas por las resoluciones legislativas del primer tipo, mencionadas en el artículo 72° del Reglamento del Congreso, cuya numeración es correlativa a la de las leyes y que en la actualidad consta de cinco dígitos. Asimismo, mediante este tipo de resoluciones legislativas se conceden pensiones de gracia y se nombra a los directores del Banco Central de Reserva y al Defensor del Pueblo.

Con relación a las resoluciones legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso, conviene anotar que una de sus características es que su numeración corresponde a cada año y que se les denomina resoluciones legislativas del Congreso. Estas, además de aprobar las normas reglamentarias internas, también se usan, debido a la práctica parlamentaria, para aprobar, entre otras cuestiones, los siguientes:

- • Modificaciones al Reglamento del Congreso.
- • La agenda legislativa del período anual de sesiones.
- • Delegación de facultades legislativas a la comisión permanente.
- • Nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional.
- • Declaración de la vacancia del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo y del Contralor General de la República.
- • Declaración de la formación de causa conforme al artículo 100.º de la Constitución.
- • Imposición de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública.
- • Autorización al Presidente del Congreso de la República para desempeñar comisiones extraordinarias de carácter internacional.

Las resoluciones legislativas, de ambos tipos, son aprobadas por el pleno del Congreso, pero también lo pueden ser por la comisión permanente.

2.1.3.1.1.3. Tratados

18.18. Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos.

Como puede colegirse, implican un conjunto de reglas de comportamiento a futuro concertados por los sujetos de derecho internacional público. Son, por excelencia, la manifestación más objetiva de la vida de relación de los miembros de la comunidad internacional.

Los tratados reciben diversas denominaciones, establecidas en función de sus diferencias formales; a saber: convenios o acuerdos, protocolos, modus vivendi, actas, concordatos, compromisos, arreglos, cartas constitutivas, declaraciones, pactos, canje de notas, etc.

19. 19. El tratado como forma normativa en el derecho interno tiene algunas características especiales que lo diferencian de las otras fuentes normativas. Ello porque, por un lado, los órganos de producción de dicha fuente (esto es, los Estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), desarrollan su actividad productora en el ámbito del derecho internacional, y por otro, porque su modo de producción (por ejemplo las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -negociación, aprobación y ratificación) se rige por el derecho internacional público.

20. 20. Los artículos 56.º y 57.º de la Constitución distinguen internamente a los tratados celebrados por el Estado peruano de la manera siguiente:

- a) a) Tratados con habilitación legislativa: Su contenido afecta disposiciones constitucionales; por ende, deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificados por el Presidente de la República.
- b) b) Tratados ordinarios: Son los que específicamente versan sobre derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional u obligaciones financieras del Estado. Igualmente, se encuentran comprendidas bajo dicha denominación aquellos tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Estos tratados deben ser necesariamente aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República.

- c) c) Convenios internacionales ejecutivos: Son aquellos que el Presidente de la República puede elaborar o ratificar o adherir sin el requisito de la aprobación previa del Congreso, puesto que se refieren a materias no contempladas para los tratados ordinarios.

La Constitución señala que, efectuado el acto de celebración, ratificación o adhesión presidencial, se debe dar cuenta al Congreso.

21. 21. A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. Así, el artículo 55.º de la Constitución dispone:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado.^{39[39]}

22. 22. Adicionalmente cabe señalar que, si bien el artículo 55.º de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.º de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa^{40[40]}.

2.1.3.1.1.4. Reglamento del Congreso

23. 23. El artículo 94.º de la Constitución dispone que:

“El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley (...)”.

Sobre ello el Tribunal Constitucional ha establecido que:

(...) tal como lo establece expresamente el inciso 4) del artículo 200º de la Constitución, este Colegiado es competente para controlar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso. En efecto, toda diferencia doctrinaria que pudiera existir respecto al lugar que ocupa el Reglamento del Congreso en el sistema de fuentes del derecho, no tiene lugar en el ordenamiento jurídico peruano, ya que la propia Carta Fundamental, en la disposición recién citada, ha establecido que dicha norma tiene rango de ley. Se trata, pues, de una fuente primaria del derecho y, como tal, sólo se somete a la Constitución.^{41[41]}

^{39[39]} FREIXES SANJUÁN, Teresa. En: *La integración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Materiales de enseñanza del Programa de Doctorado y Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales, ESADE, Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull, Curso 2001, Barcelona, España.

^{40[40]} *Ibid.*

^{41[41]} Caso Sesenta y Cinco Congresistas de la República, Exp. N.º 0006-2003-AI/TC, fundamento 1.

24. 24. En igual sentido se manifestó respecto al Reglamento del Congreso, que este no sólo tiene fuerza de ley, sino también naturaleza de ley orgánica. Más precisamente:

(...) la estructura y funcionamiento de los Poderes del Estado gozan de reserva de ley orgánica de acuerdo a los siguientes criterios. En el caso del Congreso de la República, prima facie, debe considerarse que, conforme al artículo 94.º de la Constitución, el Congreso de la República se regula por su reglamento, que tiene fuerza de ley, constituyendo este hecho una excepción a la regla de que, en principio, los Poderes del Estado se regulan por ley orgánica. Sin embargo, es pacífico asumir que dicho reglamento goza de naturaleza equivalente a la ley orgánica.^{42[42]}

2.1.3.1.1.5. Decretos Legislativos

25. 25. Esta forma normativa de fuente con rango de ley está prevista en el artículo 104.º de la Constitución, que establece:

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

El decreto legislativo tiene al Poder Ejecutivo como órgano productor. Sin embargo, el Congreso de la República también tiene una intervención indirecta, toda vez que fija la materia y el plazo de la delegación. Como ya se precisó anteriormente, los artículos 104.º y 101.º, inciso 4, de la Constitución establecen que el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

Por ello, la regulación a través de este tipo normativo, el decreto legislativo, está limitada directamente por la Constitución y también por la ley autoritativa. Podría darse el caso de que el Congreso de la República delegue una materia prohibida, con lo cual no sólo será inconstitucional la ley autoritativa, sino también el decreto legislativo que regula la materia en cuestión. De otro lado, también puede darse el caso de que la ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y, sin embargo, el decreto legislativo se exceda en la materia delegada, con lo cual, en este caso también se configurará un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104.º de la Constitución.

2.1.3.1.1.6. Decretos de urgencia

^{42[42]} Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamento 23.

26.26. Respecto de esta fuente normativa, el inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que corresponde al Presidente de la República:

Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha referido a los requisitos formales y materiales para la expedición de los Decretos de Urgencia, estableciendo que:

En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito ex ante está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123° de la Constitución), mientras que el requisito ex post lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91° del Reglamento del Congreso.^{43[43]}

Respecto a los requisitos materiales para la producción, deben tenerse en cuenta los siguientes:

(...) la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre "materia económica y financiera.

Este requisito, interpretado bajo el umbral del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución). Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales.^{44[44]}

27.27. Si bien es cierto que los requisitos formales y materiales son indispensables para la producción de los decretos de urgencia, no lo es menos que, como se señaló en el caso citado, el Tribunal Constitucional ha reconocido las existencia de determinados

^{43[43]} Caso Roberto Nesto Brero, Exp. N.° 0008-2003-AI/TC, fundamento 58.

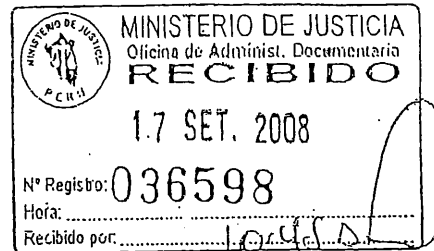
^{44[44]} Ibíd fundamento 59.

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

IF 43
Cuarenta y
tres

Lima, 17 de setiembre de 2008.

Señora Doctora
Rosario Fernández Figueroa
Ministra de Justicia
Ciudad.-

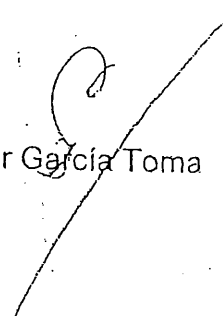


De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, a efectos de alcanzarle el Informe Legal solicitado sobre la Delegación de Facultades Conferidas al Poder Legislativo.

Hago propicia la oportunidad, para renovarle las consideraciones de mi estima personal.

Atentamente,


Víctor García Toma

68
VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

INFORME LEGAL

PARA : Señora Ministra de Justicia
Rosario Fernández Figueroa

DE : Víctor García Toma
Abogado

ASUNTO : Elaboración de Informe Legal sobre Delegación de
Facultades al Poder Ejecutivo

Fecha : 17 de setiembre de 2008

Absolución de Preguntas

Pregunta N° 1

"Naturaleza y alcance de la Delegación de Facultades para legislar que efectúa el Congreso de la República a favor del Poder Ejecutivo, desde la perspectiva de nuestro texto constitucional y del uso que ha venido haciendo el Poder Legislativo de esta institución"

SOBRE LA DELGACIÓN LEGISLATIVA: LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

La delegación legislativa en el Perú. Un breve repaso

La institución de la *delegación legislativa* o *facultad delegada*, se encuentra recogida en prácticamente la totalidad de las constituciones contemporáneas.

En el Perú, si bien es cierto que nace formalmente con el texto fundamental de 1979, este mecanismo no le resulta ajeno a nuestro constitucionalismo ni a la dinámica de colaboración/control entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

VICTOR GARCIA TOMA
ABOGADO

44
Carente y
usado

En efecto, existen antecedentes muy anteriores a la Constitución de 1979, que dan cuenta de la presencia de la *delegación legislativa*, tanto en la iniciativa constituyente como en la práctica política.

Así, Valentín Paniagua Corazao¹ refiere que, fue la Comisión de Reforma de la Constitución de 1860 –constituida por el presidente Nicolás de Piérola en 1896– la que se encargó de proponer, por vez primera, la inclusión de la institución de la *delegación legislativa*, en el régimen político peruano².

Igualmente, por su parte, la Comisión Villarán³, encargada de redactar el Anteproyecto de Constitución en 1931, propuso –aunque tibiamente– autorizar al Poder Ejecutivo para dictar *decretos leyes* con aprobación de la Comisión Permanente o de comisiones especiales, bajo la condición de someterlos al Congreso para que los derogue o ratifique. Sin duda, y a pesar de lo limitado de la propuesta, constituyó un acercamiento a la institución de la *delegación legislativa*. Más aún, el Código Civil de 1936 fue una expresión fáctica de la utilización de esa modalidad.

Pero, fue en 1968, durante la vigencia de la Constitución de 1933 –que por cierto, no preveía la *delegación legislativa en su texto*– que, el Congreso autorizó al gobierno del Presidente Fernando Belaúnde Terry, que legislara en materia económica-tributaria, como una salida a la grave crisis que se vivía⁴. El argumento que se utilizó para habilitar al gobierno, fue apelar a las atribuciones del Congreso: *el ejercicio de otras atribuciones esenciales de la potestad legislativa*⁵.

¹ PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *LA LEGISLACIÓN DELEGADA Y DE URGENCIA EN EL PERÚ Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. En La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamérica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

² Existe antecedentes, aún más remotos, como son la Ley de 29 de diciembre de 1849 y, las leyes del 7 de junio y 29 de diciembre de 1851, por las que se dictaron los Códigos Civil y Procesal Civil.

³ La Comisión Villarán fue designada por la Junta de Gobierno presidida por David Samanez Ocampo y Sobrino. Esta Comisión, estuvo conformada por destacadas personalidades que, concluyeron su tarea de elaborar un Anteproyecto de Constitución en diciembre de 1931.

⁴ Mediante Ley N° 17044, se autorizó al Poder Ejecutivo dicte las medidas necesarias para solucionar el desequilibrio estructural de las finanzas públicas, fortalecer la balanza de pagos internacionales y fomentar el desarrollo internacional de la economía. Bajo el amparo de dicha norma autoritativa, se dictaron 363 Decretos Supremos con fuerza de ley en el lapso de cinco meses.

⁵ CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1933

" Artículo 123.- Son atribuciones del Congreso:

(...)23.- Ejercer las demás atribuciones esenciales de la función legislativa."

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

Pero es la Constitución de 1979 que, como ya se anotó, institucionaliza y constitucionaliza la figura de la *delegación legislativa*. En efecto la Carta del 79 por primera vez, habilita al Congreso de la República *delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante Decretos Legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa*⁶.

El contenido del precepto constitucional del 79, como se observa, comprendía la exigencia de tres requisitos: *materia específica; plazo específico, y ley autoritativa*.

Resulta importante anotar que, uno de los problemas que presentó la *delegación legislativa* en la Constitución de 1979, fue el hecho de no haber determinado las materias indelegables. La redacción del artículo 188, daba lugar a una lectura a favor de delegaciones de carácter genéricas.

Sin embargo, implícitamente y, a partir de una interpretación integral de la Constitución, existían un grupo de materias indelegables: La aprobación del Presupuesto Nacional⁷; La ratificación de los tratados internacionales; y La reforma constitucional.

Fuera del contenido temático referido en el párrafo precedente, en principio⁸, la *delegación legislativa* procedía para el resto de materias.

Un comentario final en relación a la Constitución del 79, tiene que ver con el rango de ley de los *Decretos Legislativos*, dictados al abrigo de las facultades de delegación prescritas en el artículo 188. Si bien, la norma no le asigna textualmente dicha categoría, sin embargo, ésta se infiere por el hecho que la norma constitucional establece que, *los Decretos Legislativos están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos a las mismas normas*

⁶ Artículo 188° de la Constitución Política del Perú de 1979.

⁷ El Artículo 198° establecía que *si el proyecto de presupuesto no es votado antes del quince de diciembre, entra en vigencia el Proyecto del Poder Ejecutivo, el cual lo promulga mediante decreto legislativo*. En consecuencia, la materia presupuestaria sólo se aprobaba por decreto legislativo por ausencia de acuerdo parlamentario.

⁸ En la época, también se cuestionó el hecho de que las leyes orgánicas puedan ser objeto de *delegación legislativa*.

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

que rigen para la ley; de lo que se deduce que, dichos *Decretos Legislativos* poseían igual fuerza que las normas con rango de ley⁹.

Luego, el legislador constituyente, reiteró la institución de la *delegación legislativa* en la Carta Política del 93, utilizando la misma fórmula de la anterior Constitución: *materia específica, plazo determinado y ley autoritativa*.

Sin embargo, a diferencia de la anterior, la Constitución vigente, sí fijó una reserva de ley, al disponer que *no puede legislarse sobre aquellas materias que son indelegables a la Comisión Permanente*¹⁰; vale decir, la reforma constitucional, la aprobación de tratados internacionales, las leyes orgánicas, la Ley de Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República.

Naturaleza jurídica de la *delegación legislativa*

Desde un punto de vista doctrinario, se puede establecer dos posiciones en torno a la naturaleza jurídica de la *delegación legislativa*. Por un lado están quienes consideran la delegación de poderes como una transmisión de funciones de parte del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para expedir normas con rango de ley y, por el otro, quienes negando tal posibilidad, afirman que la supuesta delegación es en realidad una orden emitida por el Poder Legislativo para que el Poder Ejecutivo emita una norma específica, en principio reglamentaria, pero que anticipadamente se le ha dado el mismo rango que una ley¹¹.

El profesor Ignacio de Otto, es en definitiva, el más claro exponente de la primera posición, al sostener que, la delegación que hace el Parlamento al Poder Ejecutivo es un acto dispositivo mediante el cual un sujeto, fundándose en su propia competencia para proveer acerca de un determinado objeto, atribuye a otro

⁹ Es más, el Artículo 298.1 de la Constitución del 79, establecía que el Tribunal de Garantías Constitucionales era competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución. Ello releva de duda alguna, sobre el rango de ley de los decretos legislativos

¹⁰ Artículo 104° de la Constitución Política del Perú de 1993.

¹¹ CARPIO MARCOS, Edgar y VELEZMORO PINTO, Fernando. "Artículo 104: Facultad legislativa delegada" en LA CONSTITUCION COMENTADA - TOMO.II. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

109
VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

los poderes necesarios para que provea de modo tan legítimo y eficaz como él mismo acerca de una determinada materia¹².

Resulta evidente entonces que, desde esta perspectiva, la *delegación legislativa*, es un acto ejercido por el Órgano Legislativo, en el marco de sus competencias y, en virtud del cual, traslada la función de legislar al Órgano Ejecutivo, para que éste proceda como si fuera el propio Parlamento.

La segunda posición, en cambio, se funda en la indelegabilidad de facultades, en atención a que estas se toman como obligaciones a las que no se pueden sustraer sus titulares. En buena cuenta, el Poder Ejecutivo –según este enfoque– participa como sujeto que complementa la tarea legislativa del Parlamento.

Para nosotros resulta claro que, en nuestro sistema político-constitucional, la *delegación legislativa*, comporta el traslado de la función legislativa del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo.

Para sustentar nuestro dicho, partamos en principio de un enfoque semántico de los términos que componen esta institución: *delegación* y *legislativa*.

Así, tenemos que "*delegación*" proviene del latín *delegatio-onis*, cuya acepción alude a la acción y efecto de delegar, esto es, dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación

En tanto que, el adjetivo "*legislativo*" –que proviene del latín *legislar*–, por su parte, se refiere a la potestad o competencia de hacer leyes.

Entonces, desde un enfoque estrictamente semántico, pero no por ello ajeno o lejano al enfoque jurídico, la *delegación legislativa*, significaría delegar o transferir la competencia que se ostenta para hacer leyes.

Consecuentemente, para que exista *delegación legislativa*, debe haber entrega o traspaso de competencias legislativas, siendo extraños a ella los casos en que el poder normativo o reglamentario del Poder Ejecutivo se despliega como efecto de competencias que la Constitución le atribuye como propios.

¹² DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistemas de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1999.

A mayor abundamiento, conviene remitirnos a Rafael Bielsa quien sostiene que "hay delegación cuando a una persona o a un órgano se remite una atribución, misión o encargo para hacer lo que el delegante debería hacer, pero que por razones de conveniencia o de necesidad no hace"¹³.

De la definición de Rafael Bielsa –trasladándola al tema que nos ocupa– se extrae entonces que, todo acto de delegación, implica la concurrencia de dos sujetos (delegante: el Poder Legislativo, y delegado: Poder Ejecutivo), un objeto o materia delegada (la facultad de legislar) y una causa que la justifique (necesidad de celeridad y/o especialización).

De esta forma, el producto de la delegación legislativa –en nuestro caso, *los Decretos Legislativos*– son actos que revisten la forma de decretos del Jefe de Estado –es decir, del Presidente u Órgano Ejecutivo– y tienen que la eficacia y el rango normativo de las leyes formales.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de la *delegación legislativa* que hemos sustentado –traslado de la función legislativa del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo–, no sólo encuentra amparo en el enfoque semántico que hemos desarrollado, que desde ya permite un gran avance para su aceptación; sino, que se apoya también en el régimen político que establece nuestra Constitución.

En efecto, el semipresidencialismo vigente en el Perú, explica perfectamente por que encuentra sentido nuestra afirmación. El Presidente de la República, Jefe de Estado y de Gobierno a la vez, emana de la voluntad popular, por lo que goza de plena legitimidad democrática.

Consecuentemente, resulta válido afirmar que la delegación legislativa, no es una orden del Órgano Legislativo hacia el Ejecutivo para que complemente la tarea normativa; sino, más bien, es una transmisión de funciones de un órgano a otro.

Este último modelo si se explica en realidades como la española, donde el Jefe de Gobierno es una emanación del Parlamento; o por lo que es más exacto,

¹³ BIELSA, Rafael. *DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo III*. Buenos Aires: Editorial DEPALMA, 1955.

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

por el hecho de que ahí existe la obligatoriedad de que la norma autoritativa contenga un conjunto de principios y criterios que enmarcarán el desarrollo de los *Decretos Legislativos*. El campo de acción en el ejercicio de la *delegación legislativa*, es restringido.

*"En el Perú el decreto legislativo difiere mucho de su similar español, pues la ley autoritativa constituye en nuestro país un verdadero acto de delegación de facultades. Por ello, en consonancia con el artículo 104, el Tribunal Constitucional solo exige que contenga la materia y el plazo sobre el cual se espera que el Poder Ejecutivo legisle. En España, la ley autoritativa debe fijar los principios que el Gobierno desarrollará mediante un decreto legislativo. Como se ve, el amplio margen de actuación del Poder Ejecutivo es la nota diferenciadora en ambos ordenamientos"*¹⁴.

En nuestro ordenamiento constitucional y, en la costumbre constitucional del Perú, se presenta una situación totalmente diferente. La Constitución no le confiere esas exigencias al contenido de la ley autoritativa. Y, además, el ejercicio de *delegación legislativa*, ha gozado en el Perú de una amplísima discrecionalidad política sobre el sentido de la regulación que se le ha confiado, teniendo como únicos parámetros latos, la materia y el plazo.

Una muestra de lo acotado en el párrafo precedente, lo brindan los 126 Decretos Legislativos expedidos al amparo de la Ley N° 25327 de 1991, en virtud de la cual se le delegó al Poder Ejecutivo, facultades legislativas para que en plazo de 150 días y, mediante dicha modalidad norme sobre tres materias abiertas: *pacificación nacional, fomento del empleo y crecimiento de la inversión privada*.

Consecuentemente, la *delegación legislativa* en el Perú, comporta un mandato o delegación de la potestad legislativa. Esta transferencia de facultades – del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo – no supone una transmisión de la titularidad, sino del ejercicio de una competencia, manteniendo el delegante –el

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2006.

Congreso— el control y la responsabilidad por dicho ejercicio, así como las facultades de derogación o modificación.

Alcances del artículo 104 de la Constitución Política del Perú de 1993

El artículo 104 de la Constitución establece la potestad del Congreso de delegar a favor del Órgano Ejecutivo la facultad de legislar mediante la vía de los denominados Decretos Legislativos.

Para tal efecto, señala la norma, se expedirá una *ley autoritativa* que declare dicha delegación de facultades y transfiera éstas. La Ley autoritativa necesariamente deberá establecer:

- Las materias que definen el marco de las facultades legislativas otorgadas.
- El plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo puede ejercer la delegación concedida.

En relación a la *materia delegable*, como ya hemos señalado, la Constitución de 1993, evidencia una clara diferencia con la del 79, al prescribir aquellas materias que no pueden ser sujetas de *delegación legislativa*.

Conviene insistir en que, a diferencia del modelo español, en el Perú el ejercicio de la *delegación legislativa* abarca una gran discrecionalidad por parte del Ejecutivo. Es decir, la ley autoritativa fija claramente la materia sobre la cual el Ejecutivo debe legislar, pero ya corresponderá a éste —según su libre análisis y ponderación de la realidad que regulará— decidir los criterios y orientación política que aplicará: (...) *la ley autoritativa debe señalar el aspecto específico de la realidad (social, jurídica, etc.) sobre el cual debe normar el Ejecutivo, pero no la forma como debe hacerlo (...) gozando para este aspecto de discrecionalidad*¹⁵.

La discrecionalidad del Poder Ejecutivo, en el llenado de contenido del producto de la *delegación legisferante (el Decreto Legislativo)* no sólo es una

¹⁵ CARPIO MARCOS, Edgar y VELEZMORO PINTO, Fernando. *Op. Cit.*

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

realidad permanente en el tiempo, sino que comporta una necesidad para efectivizar la razón de ser de la transferencia de la referida competencia.

En efecto, negar al Poder Ejecutivo de amplia discrecionalidad para la configuración de la materia encargada de normar; constituiría en la práctica, adicionar un límite más, no contemplado en nuestro ordenamiento constitucional ni practicado en nuestra experiencia política. Los límites son y deben ser: la materia y el plazo.

El artículo 104, también establece un mecanismo de control respecto de los *Decretos Legislativos* dictados en virtud de la *delegación legislativa*.

Este control se ejerce del modo siguiente:

- El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o la Comisión Permanente, de los *Decretos Legislativos* dictados en uso de las facultades legislativas delegadas.
- El Presidente del Congreso debe remitir la dación de cuenta a la comisión parlamentaria que corresponda, a efectos de que esta efectúe el estudio sobre la utilización correcta o incorrecta de las facultades delegadas.
- La Comisión informante presentará un dictamen de opinión solo en el caso que considere que hubiere encontrado incorrecto el ejercicio de las facultades delegadas. En tal hipótesis, recomendará la derogación o modificación normativa subsanante.

A mayor abundamiento en el tema del control de la *delegación legislativa*, debemos añadir que, conforme al texto de la Constitución y el Reglamento del Congreso, esta es posterior. Lo expuesto, se entiende entre otras razones, por la tantas veces proclamada discrecionalidad y libertad del Gobierno en la configuración de los *Decretos Legislativos*.

Así mismo, sobre la naturaleza jurídica o político del control parlamentario, resulta claro que, en nuestro ordenamiento constitucional, el control que ejerce —a posteriori— el Congreso, es jurídico.

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

48
Cuarenta y
ochos

En modo alguno, se puede por la vía del control del ejercicio de la delegación de facultades, evaluar la opción política tomada por el Gobierno, como resultado de su discrecionalidad, al producir el o los Decretos Legislativos. Así no entraría en el examen de control; criterios vinculados a la racionalidad política, la oportunidad, la conveniencia política.

Esta manera de ejercer el control parlamentario, se encuentra registrada en las diferentes oportunidades en que se ha delegado funciones legislativas. Para muestra, no remitimos una vez más, a la experiencia de los Decretos Legislativos dictados, bajo el paraguas de la Ley N° 25327. Así de 126 Decretos Legislativos, sólo tres fueron impugnados por su inconstitucionalidad y diez modificados por ley posterior del Poder Legislativo.

En razón a todo lo expuesto cabe señalar lo siguiente:

- a) La delegación legislativa implica la ampliación transitoria de la función legislativa del Poder Ejecutivo, en razón a una autorización expresa del Poder Legislativo.
- b) La delegación legislativa se produce en atención a factores tales como:
 - Complejidad técnica de la materia.
 - Necesidad de celeridad procedimental.
 - Acto de confianza o de respaldo en pro de la implementación de las líneas programáticas de gobierno.
 - Práctica política nacional de una delegación legislativa amplia y sujeta en buena medida, al tino político del Poder Legislativo.
 - Acción contralora sujeta a la verificación del principio de constitucionalidad.

En relación a esto último cabe recordar que en vía de precisión el artículo 90 del Reglamento del Congreso, textualmente señala lo siguiente:

"Procedimiento de control sobre la legislación delegada

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

Artículo 90°.- El Congreso ejerce control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104° de la Constitución política, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.
- c) La comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del consejo de Ministros".

(Inciso modificado. Resolución Legislativa del Congreso N° 011-2001-CR, publicada el 13 de octubre de 2001)

De ello se desprende que el procedimiento de control está supeditado a la contravención del texto fundamental (examen de constitucionalidad) o la verificación de la sujeción al marco de delegación. Al respecto, el propio Poder Legislativo ha instituido la práctica de la amplitud de contenido dentro de una materia determinada.

En consecuencia, por dicha vía no cabe pronunciamiento sobre el mérito y oportunidad de los Decretos Legislativos; pues ello, rebasaría la atribución de la Comisión Congresal.

Lo expuesto no es óbice, para que bajo el procedimiento ordinario el Parlamento proceda a evaluar y eventualmente modificar o abrogar un Decreto Legislativo.

Pregunta N° 2

"Alcances de la Delegación de Facultades efectuada en el caso particular mediante Ley N° 29157 "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos" tomando en cuenta que ésta tiene por finalidad no sólo la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial en mención, sino también su aprovechamiento, como se consigna en el artículo primero de la ley autoritativa".

La Ley N° 29157, ciñéndose a las reglas establecidas por los artículos 101 y 104 de la Constitución Política vigente, delegó facultades legislativas a favor del Poder Ejecutivo, para que legisle sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos.

En efecto, esta ley autoritativa, cumple con lo presupuestos de validez constitucional: *materia específica y plazo determinado*.

La *materia específica* comprende:

- Facilitación del comercio.
- Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado.
- Mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa.
- Promoción de la inversión privada.
- Impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades.
- Promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas.
- Fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.

Como se observa, a la par de señalar materias determinadas, resulta claro, que dichas materias encierran una gran amplitud temática, que se condice, con la práctica de *delegación legislativa* en el Perú.

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

Esta amplitud de contenido que, revela el catálogo de materias objeto de la delegación de facultades legislativas, encuentra sentido en la finalidad de la delegación de facultades, descrita en el artículo 1 de la ley autoritativa.

En efecto, dicho artículo fija como finalidad que justifica la *delegación legislativa: la implementación y el aprovechamiento* del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

Así, debe tenerse en cuenta, los alcances de cada uno de estos términos, para poder determinar, en cualquier examen o control de los Decretos Legislativos dictados, si es que ellos están dirigidos a alcanzar estas finalidades.

La *implementación* comprende las adecuaciones normativas que se requieren para cumplir con las obligaciones y compromisos asumidos en el TLC, y que se requieren como condición para la entrada en vigencia del tratado.

Por su parte el *aprovechamiento*, implica políticas públicas y privadas para alcanzar una mayor utilidad y beneficio del TLC.

Tenemos entonces que, la ley autoritativa le ha señalado al Poder Ejecutivo dos metas o finalidades específicas que, se deben alcanzar mediante la configuración de Decretos Legislativos, que aborden las materias antes señaladas.

Como ya hemos manifestado, conforme a la Constitución y a la práctica política en el Perú, el Poder Ejecutivo goza de amplia discrecionalidad para el ejercicio de la *delegación legislativa*; siendo sus parámetros: la materia y el plazo.

En el caso concreto que nos ocupa, el Congreso de la República, como sujeto que transfiere la potestad legislativa, ha señalado claramente que las materias están ligadas a dos finalidades: implementación y aprovechamiento del TLC.

Este encargo solo es posible cumplir, haciendo uso de los denominados poderes implícitos.

Los poderes implícitos suponen el ejercicio de facultades o competencias que, si bien no se encuentran literalmente señaladas en una norma, su ejercicio se desprende como necesario e inevitable para cumplir un deber o alcanzar una finalidad.

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

50
Cincuenta

Para graficar el sentido y alcance de los denominados "poderes implícitos", resulta de gran utilidad el siguiente pronunciamiento jurisdiccional del Tribunal Constitucional, en el caso Colegio de Abogados del Callao [Expediente N° 013-2002-AI/TC].

"(...) El Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que no es exacto que, cuando la Constitución no lo haya previsto, el legislador ordinario se encuentre vedado de asignar una competencia a un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Dicho de otro modo, que siempre y en todos los casos termine siendo inconstitucional el otorgamiento de una competencia no prevista directamente en la Constitución.

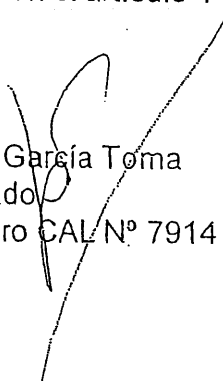
Es el caso, desde luego, de atribuciones que no encontrándose expresamente previstas en la Constitución, sin embargo, son immanentes a la función (poderes implícitos). Como sostuvo el *Chief Justice John Marshall*, en el *Leanding Case McColluch vs Maryland*, a propósito del Poder Legislativo: 'Admitimos (...) que los poderes del gobierno son limitados y que sus límites no han de ser sobrepasados. Pero creemos que una sana interpretación de la Constitución debe permitir a la legislatura nacional esa facultad discrecional, con respecto a los medios por los cuales los poderes que se le confieren han de ponerse en ejecución, que permita a ese cuerpo cumplir los altos deberes que se le han asignado, de la manera más beneficiosa para el pueblo. Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios que sean apropiados, que se adapten claramente a ese fin, que no estén prohibidos, pero que sean compatibles con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales' (citado por Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno. I Poderes federales y estatales*, UNAM, México 1966, pág. 125).

Admitir la tesis del recurrente en todas sus consecuencias, podría poner en riesgo el correcto y adecuado funcionamiento de los diversos órganos constitucionales, esto es, de aquéllos cuyas principales competencias han sido previstas expresamente en la Constitución; y, de manera singular, de los órganos de relevancia constitucional, cuya creación se encuentra establecida directamente en la Constitución, pero el desarrollo de cuyas competencias se deja librado al ámbito de la ley orgánica respectiva."

Consecuentemente, en virtud de la teoría de los poderes implícitos, el Ejecutivo en la delegación de facultades legislativas otorgadas mediante Ley

VÍCTOR GARCÍA TOMA
ABOGADO

Autoritativa N° 29157, se encontraba autorizado para cubrir las materias que en dicha norma se señalan, así como los temas que permitan alcanzar las finalidades fijadas en el artículo 1 de la norma acotada.


Víctor García Toma
Abogado
Registro CAL N° 7914

Pregunta 3°

"Examen y verificación si con algunos de los decretos Legislativos expedidos se habría incurrido en exceso de las facultades delegadas o se contraría el texto constitucional, refiriéndose en especial a los Decretos Legislativos Nos. 1067, 1068, 1070 y 1049".

Estos presentan contenidos referidos a las materias fijadas por el Congreso de la República ya sea de manera directa, indirecta o implícita con la implementación y aprovechamiento de Tratado de libre Comercio con los Estados Unidos.

Por ejemplo, en relación al Decreto Legislativo N° 1067, que modifica la Ley N° 27584, norma que regula el proceso contencioso administrativo, la propia ley autoritativa, habilita al Ejecutivo en su artículo 2° inciso 2.1 literal c), a legislar sobre mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa¹, solicitando para ello opinión del Poder Judicial.

Como se advierte, la ley autoritativa, establece como materia de delegación legislativa la materia contenciosa administrativa, considerándola, en consecuencia, como necesaria para la implementación y aprovechamiento del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda.

Como se sabe, el proceso contencioso administrativo es un proceso judicial, que tiene por propósito revisar la validez o eficacia de resoluciones, actos administrativos o actos materiales de la administración pública. En consecuencia es un proceso judicial que resuelve pretensiones administrativas

Este proceso se encuentra establecido en el Artículo 148° de la Constitución Política del Perú y, regulado por la Ley N° 27584, norma que regula el proceso contencioso administrativo.

El Decreto Legislativo N° 1067, incorpora importantes modificaciones dirigidas a modernizar el marco normativo en materia contencioso administrativo,

¹ El subrayado es nuestro.

que apuntan a lograr que el control judicial sea oportuno y eficaz, en aras a satisfacer el interés del ciudadano que accede a la administración de justicia. Ello evidentemente, genera como efecto y como imagen, mayores niveles de seguridad jurídica al país.

Algunas de estas modificaciones, además, recogen la orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional², lo que abona a la armonización del sistema jurídico en el país, y al afianzamiento del principio de predictibilidad que, debe regir en todo Estado de Derecho.

En relación al Decreto Legislativo N° 1068, Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, encuentra directa relación con las materias delegadas en el los literales b) y d) del Artículo 2° inciso 2.1 de la Ley N° 29157; toda vez que atañe a la *modernización del Estado y la promoción de la inversión privada*.

En efecto, no podemos hablar de modernización estatal si es que la institución encargada de la tutela de los intereses del Estado en litigio, se encuentra regido por una norma de hace cuarenta (40) años, sin que se le haya adecuado a la abundante normatividad que se dictó con posterioridad.

Además, la norma armoniza con el proceso de descentralización, cuando se ocupa en sus artículos 16 al 19 sobre la actuación de los Procuradores Regionales y de los Procuradores Municipales.

Evidentemente, una sólida estructura normativa de la Defensa Jurídica del Estado, genera un clima favorable a la inversión privada, por lo que consideramos que esta norma encaja perfectamente, dentro de las materias delegadas que hemos anotado anteriormente.

Por su parte, entendemos que, el Decreto Legislativo N° 1070, que modifica la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, tiene injerencia directa en la generación de un clima apropiado para la inversión privada. Como hemos venido sosteniendo, la teoría de los poderes implícitos supone la posibilidad de normar aquello que, no

² El artículo 17.3, referido al plazo de interposición de la demanda cuando se trate de silencio administrativo negativo, posibilita que el afectado podrá incoar el proceso en cualquier momento, hasta que se produzca el acto expreso de la entidad.

estando literalmente previsto, pero, resulta condición necesaria para su implementación.

El Decreto incorpora un importante número de mejoras para el funcionamiento de esta institución que se eleva como medio alternativo de solución de conflictos.

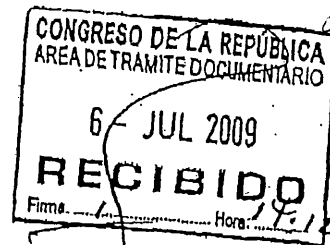
Finalmente el Decreto Legislativo N° 1049, regula la importante función notarial y, se adscribe a aquellas normas que son necesarias para fortalecer la seguridad jurídica del país. Recuérdese que, el Notario *es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran.*

La implementación y aprovechamiento del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en definitiva dará lugar a recurrir a la función notarial, de tal suerte que se hace necesario una adecuada ordenación jurídica sobre el particular. Como bien se anota en la exposición de motivo del decreto legislativo *la institución notarial se ha constituido en uno de los pilares que, conjuntamente con los órganos que administran justicia y los registros públicos, consolidan la seguridad jurídica de la sociedad.*

Víctor García Toma
Abogado
Registro CAL N° 7914

165
Concuerdo y
de

Proyecto de Ley N° 3340/2008-D.P.



Defensoría del Pueblo

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

Oficio N° 0179-2009/DP

Lima, - 6 JUL. 2009

Señor Congresista
JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Congreso de la República
Presente.

Asunto: Iniciativa legislativa de la Defensoría del Pueblo

De mi mayor consideración:

Me complace dirigirse a usted para saludarlo cordialmente y, a la vez, remitirle, de conformidad con la facultad conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, la iniciativa legislativa denominada "Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas".

El propósito de este Proyecto de Ley es desarrollar el contenido, los principios y alcances básicos del referido derecho en el proceso de toma de decisiones del Estado, respecto de aquellas medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, a fin de asegurar la igualdad y pleno ejercicio de sus derechos individuales y colectivos.

De este modo se pueden establecer las condiciones que facilitarán el ejercicio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, consagrado en el artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Tratado Internacional ratificado por el Perú en 1993, mediante la Resolución Legislativa N° 26253.

Finalmente, cabe agregar que el presente proyecto es de suma importancia para el país, en tanto contribuirá a generar las bases para un diálogo intercultural, a partir del cual se establecerán las políticas públicas que reclaman los pueblos indígenas, promoviendo relaciones, en un marco de buena fe, Estado Democrático de Derecho y de irrestricto respeto de los derechos humanos de todos. Es preciso recordar la necesidad de que en el propio proceso legislativo se incorpore el mencionado derecho a la consulta, de acuerdo a un procedimiento que para el efecto el Poder Legislativo habrá de establecer.

En la esperanza de que esta propuesta merezca su gentil atención, hago propicia la oportunidad para renovar a usted los sentimientos de mi mayor consideración y estima personal.

Atentamente

BEATRIZ MERINO LUCERO
DEFENSORA DEL PUEBLO

54
Ancienta y
cristó

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lma. 06 de Julio del 2009

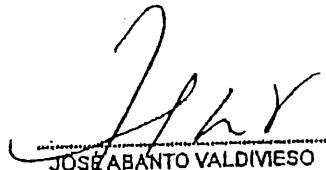
Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 3370 Para su estudio y dictamen; a la (8) Comisión (es) de

Institución y Reglamento;

Jueces Audites, Amazónicos y

Properianos Audite y

Eslogan. —


JOSE ABANTO VALDIVIESO
Oficial Mayor (e)
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

1145
S
Cincuenta y
seis

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1079, al designar expresamente como autoridad competente al Ministerio del Ambiente y al SERNANP como administradores del patrimonio natural en áreas naturales protegidas, al establecer principios que garantizan el patrimonio en áreas naturales protegidas, y al implementar mecanismos de recuperación para resguardar el patrimonio natural en las áreas naturales protegidas, se enmarca en el objetivo constitucional de conservación de las áreas naturales protegidas establecida en el artículo 68°, y se enmarca a su vez dentro de las materias delegadas de mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado, así como del fortalecimiento institucional de la gestión ambiental a la que refieren los incisos b) y g) de la Ley N° 29157.

Respecto al plazo, el artículo 2° de la Ley N° 29157 establece 180 días calendario para la delegación de facultades al Poder Ejecutivo, y el artículo 3° establece que la Ley entra en vigencia el 1° de enero del 2008.

Siendo ello así, el Decreto Legislativo N° 1079 se publica el 28 de junio del 2008, es decir a los 178 días calendario de entrada en vigencia de la Ley, por lo que se cumple con el plazo de delegación otorgado por el Congreso al Poder Ejecutivo.

4. Conclusiones.

1. El Decreto Legislativo N° 1079 regula la autoridad competente para la administración del patrimonio natural en áreas naturales protegidas y regular el tema de la recuperación administrativa y la protección del dominio eminential que es competencia exclusiva del Estado.
2. El Decreto Legislativo N° 1079 no afecta en ninguno de sus artículos, el derecho de los pueblos indígenas por lo que no se cumple el supuesto de hecho para que opere el derecho de consulta establecido en el Convenio 169 OIT.
3. Ante el supuesto negado que el derecho de consulta sea aplicable, el ejercicio del mismo resulta inviable, ya que el Convenio 169 OIT no regula los mecanismos de operatividad o ejecución del proceso de consulta a seguir por la Administración Pública, y no existe norma que establezca dichos mecanismos de consulta a seguir por la Administración Pública, para implementar el Convenio 169, a saber:
 - No está establecido lo que es materia de consulta
 - No están establecidos los actores a quienes se consulta, al no estar claros quién son pueblos indígenas, ni quienes son las entidades representativas de los pueblos indígenas.
 - No están establecidos los procedimientos de consulta
4. El Decreto Legislativo N° 1079 está adecuadamente inmerso dentro de las materias de delegación b) y g) otorgadas por la Ley 29167 al Poder Ejecutivo, y su dación se efectuó dentro de los plazos de delegación otorgados.

18

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

Comercial Perú - Estados Unidos, y con el Apoyo a la Competitividad Económica para su Aprovechamiento, establece:

Artículo 2.- Plazo y materias de la delegación de facultades legislativas

2.1 La delegación a la que se refiere el artículo 1 tendrá un plazo de ciento ochenta (180) días calendario y comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias:

- a) Facilitación del comercio;
- b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado;
- c) mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativo; para lo cual se solicitará opinión al Poder Judicial;
- d) promoción de la inversión privada;
- e) impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades;
- f) promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas;
- g) fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y,
- h) mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

2 El contenido de los decretos legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento, sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades legislativas, se citan en el artículo 1.

Artículo 3.- Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia el 1 de enero del año 2008.

En ese sentido, **respecto a la materia**, el Decreto Legislativo N° 1079 se enmarca dentro de la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa, y modernización del Estado, establecida en el inciso b); así como del fortalecimiento institucional de la gestión ambiental a la que refiere el inciso g) de la Ley N° 29157 atendiendo a la necesidad de regular competencias y cautelar eficientemente los recursos naturales en las áreas naturales protegidas.

El artículo 68° del Capítulo II Del Ambiente y los Recursos Naturales, del Título III del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú establece que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

El Decreto Legislativo N° 1079 en su artículo 2° establece expresamente que es el Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado- SERNANP, la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre y los servicios ambientales de las áreas naturales protegidas.

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

56
Cincuenta
seis

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

de aislamiento o contacto inicial, o incluso, de las poblaciones indígenas que viven en las ciudades

En consecuencia, no se cuenta con un registro oficial que aborde la identificación de los pueblos indígenas de manera integral, a modo de una base de datos oficial sobre los pueblos indígenas, que nos permita identificar a un individuo como indígena partiendo del auto reconocimiento (criterio de identificación subjetivo), independientemente del colectivo al que pertenezca. Sobre el particular podemos indicar que los diversos esfuerzos esgrimidos desde el Estado no resultan suficientes.

Sobre la identificación de las instituciones representativas de los Pueblos Indígenas, el informe de la Defensoría sostiene:

Por lo expuesto, la determinación de la población indígena en el Perú aún no se ajusta a lo establecido por el convenio 169. Ello también dificulta la identificación de sus instituciones respectivas.

Es necesario remarcar que los pueblos indígenas ejercen su derecho a la consulta a través de sus instituciones respectivas. Ello quiere decir que, adicionalmente a la identificación de los propios pueblos, es necesario contar con una identificación y registro de sus instituciones representativas de los pueblos indígenas en el Perú.

Corresponde a los pueblos indígenas establecer sus propios mecanismos de representación (instituciones u organizaciones representativas) ante el Estado. Adicionalmente, siguiendo la indicación de la Comisión de Expertos, es necesario resaltar la importancia de prever la participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas en la fijación de los criterios y mecanismos de identificación. Esto podría resultar útil para elegir una terminología adecuada que genere aceptación e identificación en la población, en vez del rechazo por temor a la discriminación que tradicionalmente acompaña el término indígena.

En ese sentido, el artículo 5° incisos 5.1 al 5.3 del Proyecto de Ley de referido supone el establecimiento de una Base de Datos de los pueblos indígenas y de las entidades representativas de los pueblos indígenas, las mismas que serían elegidas por ellos mismos bajo sus propios mecanismos.

Mientras ello, resulta inviable para la Administración Pública operativizar el ejercicio de este derecho, cuando no se conoce ante quién efectuar la consulta y los mecanismos necesarios para realizar ella.

3.3 Sobre el alcance de la delegación al Poder Ejecutivo de las medidas a implementarse con ocasión de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos

La Ley N° 29157 que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

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

Al respecto, cabe indicar que el Convenio no regula aquello que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas. En ese sentido, consideramos que por lo dicho en el punto 3.1. el presente Decreto Legislativo no afecta directamente a los pueblos indígenas. En ese sentido, el derecho de consulta no sería de aplicación al no encuadrar en el supuesto del inciso referido.

En el supuesto negado, que fuera aplicable el dispositivo anterior, la inconstitucionalidad no podría estar referida a toda la norma en general, sino a los artículos pertinentes que suponen una afectación a los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, la parte demandante no señala específicamente los artículos pertinentes, sino refiere a toda la norma, siendo que especificar lo que afecta a los pueblos indígenas, es una cuestión de orden necesaria para establecer la supuesta inconstitucionalidad.

Por último, en el mismo supuesto negado que la parte demandante haya indicado los artículos pertinentes que afecten el derecho de los pueblos indígenas y sea de aplicación el Convenio N° 169 OIT, no resulta legalmente ejecutable dicho proceso de consulta al no estar determinadas ni los procedimientos apropiados para su ejercicio ni las instituciones representativas de los pueblos indígenas supuestamente afectados.

Sobre el tema, la Defensoría del Pueblo advierte algunas situaciones para la aplicación del Convenio 169 en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 3370-2008-DP Propuesta de Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas:

- Identificación de los Pueblos Indígenas y sus instituciones u organizaciones representativas. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley propuesto por la Defensoría del Pueblo dice a la letra sobre la determinación de los pueblos indígenas:

La determinación de qué población es indígena y cuál no lo es, resulta primordial para aplicar el procedimiento de consulta. Ahora bien, con respecto a la identificación de los pueblos indígenas en el Perú, debemos anotar que a la fecha, es responsabilidad del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) elaborar y mantener actualizada la estadística de pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos.

Esta función a la fecha, sólo es cumplida parcialmente, puesto que sólo se cuenta con una relación de comunidades campesinas y nativas. Sólo se identifican como pueblos indígenas, a aquellos que se organicen como comunidades, sin incorporar el caso de las comunidades que no han iniciado su proceso de reconocimiento, de aquellas que se encuentren en trámite, el caso de los pueblos indígenas en situación

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

57
Cincuenta
y
Sete

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

ambientales fuera de las Áreas Naturales Protegidas pero que son claramente bienes de *dominio público*, como ocurre con ciertas especies animales cuya sustracción no esta permitida para nadie, obviamente aunque dicha especie se haya convertido en un cenicero será materia de recuperación directa. Aquí no rigen las normas sobre *especificación* o *mezcla* del Código Civil⁸, precisamente por que se trata de bienes de *dominio público*.

Otras consideraciones

Los temas de recuperación administrativa y del dominio eminential del Estado sobre los recursos naturales y su protección, son temas de competencia del Estado y no afectan los derechos de los pueblos indígenas, sino que mas bien se respetan los mismos, cuando la norma alude a la excepción de la recuperación en caso de bienes para la subsistencia y el autoconsumo, lo que por cierto no es exclusivo de los pueblos indígenas que pueden habitar dentro de las Áreas Naturales Protegidas sino de cualquier población local.

Es de tener en cuenta, que el Decreto Legislativo N° 1079 es una norma general que ordena la estructura del Estado y sus competencias en términos de garantizar el patrimonio de los recursos de las Áreas Naturales Protegidas, lo cual está en el ámbito del cumplimiento de las facultades del Estado. Dicho de otro modo, el Decreto Legislativo N° 1079 no está modificando el status o nivel de aprovechamiento de los recursos naturales, sino que simplemente se está ordenando el marco que lo va regular, el mismo que en si mismo no establece ninguna acción que pueda afectar a los pueblos indígenas.

El Decreto Legislativo N° 1079 establece en su artículo 3° inciso 4, el **Principio de Gobernanza Ambiental** en el cual se establece la participación de los actores sociales, entre ellos los pueblos indígenas. Por lo que cuando en el marco de estas disposiciones el SERNANP quiera tomar alguna medida concreta de acción sobre recursos o sobre áreas naturales protegidas que afecten a las poblaciones locales, en esos casos se establecen mecanismos participativos, y en el caso concreto de los pueblos indígenas, operaría los mecanismos de consulta conforme las normas vigentes.

3.2. Sobre la Consulta Previa e informada a los Pueblos Indígenas

El Convenio N° 169 de la OIT aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253 establece en su Artículo 6, inciso 1, literal a):

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

⁸ La "especificación" está prevista en el artículo 937 del Código Civil y señala que el objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece el arifíce, pagando el valor de la cosa empleada. La *mezcla* se refiere a la especie que resulta de la unión de diferentes dueños, dando lugar a una copropiedad entre los propietarios de los bienes unidos o mezclados.

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

expresamente por la Ley del Procedimiento Administrativo General. El artículo 9 de la Ley señala:

"Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda."

Como es evidente la *Recuperación Administrativa de Bienes Intangibles* se expresa en un acto administrativo expedido por la autoridad competente, lo que no supone un procedimiento previo. Al identificarse la sustracción ilícita de bienes ambientales o la amenaza contra ellos, la autoridad actúa directamente expidiendo en simultáneo el acto administrativo que da cuenta de su decisión. El acta de intervención que deja constancia de la recuperación contiene el acto administrativo.

Esta facultad del Estado no impide que los afectados inicien un procedimiento administrativo reclamando contra la intervención material de la autoridad, sin embargo sería un cuestionamiento posterior a la *autotutela*.

Abundan las referencias normativas y principios, que señalan enfáticamente la obligación y deber del Estado de preservar el medio ambiente y las Áreas Naturales Protegidas en particular, tomando acción para tal fin. Desde las normas constitucionales, pasando por los tratados ratificados por el Perú, hasta el detalle de las normas especializadas de desarrollo, todas atribuyen al Estado el deber y el derecho de prevenir, preservar y tomar acción inmediata para corregir el daño a los recursos naturales como un medio que asegura el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado.

De manera que no hay duda que el Estado, a través de las dependencias competentes, en este caso el SERNANP, está facultado para tomar las acciones directas necesarias a fin de cumplir con su fin de conservación y protección del medio ambiente.

Esto no significa que el Estado pueda ejercer la *Recuperación Administrativa de Bienes Intangibles* de manera arbitraria. El Estado está sometido en general a ciertos principios que lo obligan a proceder con cautela, garantizando incluso en esta intervención sumaria un mínimo derecho de defensa del intervenido. Esto se materializa por ejemplo dejando constancia en el acta de intervención de las alegaciones formuladas por el infractor.

La *Recuperación Administrativa de Bienes Intangibles*, consistente en fauna o flora silvestre, se ejerce a través de la identificación de los bienes, sin importar si éstos han sido alterados, convirtiéndose en productos o subproductos de los bienes originalmente sustraídos. Es cierto que la alteración o conversión de los bienes dificultará la identificación, y pondrá en riesgo la responsabilidad estatal ante un error, sin embargo ahí entra en juego la pericia de las autoridades. Lo crucial es que la identificación se sustente en elementos materiales que hagan razonable la intervención del Estado. Por ejemplo, si se detectan bienes

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

con el inicio de un procedimiento a partir de la intervención.

Dependiendo de las circunstancias, si existen elementos materiales suficientes que permitan a la autoridad identificar la sustracción de bienes, podrá recuperarlos directamente haciendo uso de la fuerza pública. Aquí podrían presentarse algunos inconvenientes prácticos en el ejercicio de la *autotutela*, porque la identificación de bienes ilícitamente sustraídos podría no ser sencilla en algunas categorías de Áreas Naturales Protegidas.

Dependiendo de la categoría aplicable, la labor de fiscalización para detectar amenazas o sustracciones de bienes puede ser más o menos complicada. En los casos donde está prohibida toda sustracción, cualquiera que sea intervenido carecerá de respuesta válida ante la autoridad, pero en los casos donde se admite cierto nivel de explotación económica la discriminación entre infractores y concesionarios podría revestir cierta dificultad.

No se trata de impedir la *autotutela* en zonas reservadas donde hay actividad económica o donde la sustracción de bienes ambientales ha sido autorizada, sino que en esos casos la autoridad debe proceder con especial cautela, pues un error en la calificación del bien y por tanto una "recuperación" indebida acarreará la responsabilidad estatal.

Se facilitaría la labor del Estado si las normas sobre extracción lícita de bienes ambientales fueran más rigurosas y funcionales, imponiendo a los concesionarios, por ejemplo, la carga de portar cierto distintivo intransferible de modo que la ausencia del mismo convierta en ilegal el retiro de bienes. Algo así como la licencia de conducir vehicular: quien no la porta conduce ilegalmente aunque fuera cierto que el Estado le ha concedido licencia.

La *autotutela* se sustenta también en una presunción reconocida por la doctrina del Derecho Administrativo. Nos referimos a la presunción de validez de los actos administrativos.

"Todos los actos administrativos, salvo aquellos a los que expresamente la ley se lo niega, son ejecutorios; esto es, obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad. Como veremos esta discrepancia habrá de instrumentarse precisamente como una impugnación del acto, impugnación que no suspende por ello la obligación de cumplimiento ni de su ejecución (...)

Por ello se dice que la decisión administrativa (decisión ejecutoria en la terminología francesa) se beneficia con una presunción de legalidad que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa." (subrayado agregado por los autores)

La presunción de validez a la que se refiere esta cita es un elemento clave para el ejercicio de la potestad ejecutora del Estado. Ha sido recogida

⁷ GARCIA DE ENTERRIA. Ob Cit. P. 513.

SE
Cuentas
y obra

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

área de protección, salvo que el retiro sea autorizado en cuyo caso se convierte en un bien de dominio privado. Así ocurre, por ejemplo, con la madera que se extrae lícitamente.

En razón del *dominio público* presente en las Áreas Naturales Protegidas rige con toda legitimidad la facultad reconocida al Estado para hacer cumplir sus propias decisiones. A esta facultad se le conoce como *autotutela*. Dicen García Enterría y Fernández:

"La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial. Es este principio de autotutela el que es capaz de explicar en unidad todo ese complejo sistema posicional."⁵
(subrayado agregado)

Se distingue entre *autotutela conservativa* y *autotutela agresiva* como una manera de diferenciar la magnitud material de esta facultad del Estado.

"La autotutela conservativa protege una situación dada, resiste a la pretensión de un tercero de alterar dicha situación, propugna, por tanto una omisión. Por el contrario la autotutela activa o agresiva tiene por contenido una conducta positiva y por resultado una mutación en el actual estado de cosas, aunque actúe en protección de una situación previa
(...) Ejemplo de la autotutela conservativa es el *interdictum proprio*, la protección de sus situaciones posesorias por medio de coacción propia que deshace las perturbaciones que ha dicha situaciones ocasiona un tercero, reestableciendo la posesión ..."⁶ (subrayado agregado por los autores)

La *autotutela* no es una facultad reservada a la defensa del *dominio público* sino un poder general del Estado. Él siempre actúa en resguardo o en razón del interés público, empero es obvio que el ejercicio de la *autotutela* se torna indiscutible cuando se trata de bienes que interesen a la Nación. El poder de *autotutela* se expresa en diversas situaciones o ámbitos y lo apreciamos en la vida diaria. Por ejemplo, cuando la autoridad detecta una ocupación indebida de la vía pública procede a la recuperación inmediata. No tiene que seguir un proceso de desalojo o algo parecido. Lo mismo para impedir una ocupación.

La *autotutela* del Estado justifica la facultad de tomar acción directa para recuperar los bienes sustraídos de las Áreas Naturales Protegidas o para impedir directamente su retiro. Es decir, verificada una sustracción ilícita, el Estado, a través de sus agentes autorizados, puede realizar una intervención directa para recuperar físicamente los bienes. Esta intervención no requiere un procedimiento administrativo previo, aunque ciertamente no es incompatible

⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo Y FERNANDEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2002. P. 509.

⁶ GARCIA DE ENTERRIA. Ob Cit. P. 512.

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

59
Cincuenta
y
nueve

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

*inalienables e imprescriptibles, además de inembargables.*³ (subrayado agregado por los autores)

La vinculación entre el concepto *dominio público* y la protección de los bienes ambientales, en particular aquellos que integran las Áreas Naturales Protegidas, es indiscutible. Basta echar un vistazo al régimen general que se ocupa de estos temas para confirmar la presencia del interés público o interés nacional en la conservación de los bienes ambientales, como un mecanismo para asegurar el goce de un derecho fundamental de las personas y de la humanidad en su conjunto. Es decir, el régimen legal aplicable al *dominio público*, premunido de mecanismos especiales de protección e instrumentos eficaces para asegurar el cumplimiento de sus fines, se encuentra plenamente justificado.

Dicha regulación se aparta de las reglas ordinarias del dominio privado, precisamente porque el interés que se tutela en una y otra forma de dominio es radicalmente distinto. En el *dominio público* prima el interés público mientras que en la propiedad privada lo crucial es la satisfacción individual. No debe sorprender entonces que al regularse el *dominio público* se excluya la aplicación de normas que normalmente invocarían los particulares respecto a bienes que están en el comercio. En otras palabras, no se pueden evaluar los poderes del Estado en ejercicio del *dominio público* con los mismos criterios, principios y reglas que se aplican a la propiedad privada, ni viceversa. Ahora bien, esta separación normativa no impide que en ciertas situaciones de vacío jurídico en el tratamiento de la propiedad pública, se apliquen ciertas normas del derecho privado que no son incompatibles con el interés nacional. Así lo dispone el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil.

El *dominio público* que corresponde a las Áreas Naturales Protegidas, obviamente comprende a todos los bienes integrantes y accesorios que se localizan en dichas áreas⁴. Es más, las zonas reservadas o protegidas son tales en razón de los bienes que se hallan en ellas, y no solo por el predio considerado como una entidad material superficiaria. Una sección predial no sería declarada Área Natural Protegida si no hubiera fauna, flora o algún elemento ambiental que proteger.

Por tanto el *dominio público* que hemos descrito alcanza a los bienes ambientales ubicados en las zonas de conservación. También es importante advertir que la calidad jurídica de estos bienes no cambia con su extracción del

³ Esta sentencia se publicó en el Diario Oficial El Peruano el 29 de enero de 2004, y se refiere a las demandas de inconstitucionalidad acumuladas, con los Expedientes N° 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC, 044-2002-AI/TC.

⁴ Según el artículo 887 del Código Civil es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. Son accesorios los bienes que sin perder su individualidad están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien. El artículo 889 del Código Civil señala que las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación.

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

"El artículo 4º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas señala que, a excepción de las Áreas de Conservación Privadas, las áreas naturales protegidas son de *dominio público*. Esta calificación legal es fundamental para el análisis de la *Recuperación Administrativa de Bienes Intangibles*.

Según el artículo 73 de la Constitución los bienes de *dominio público* son inalienables e imprescriptibles. Semejante consecuencia jurídica revela la importancia de estos bienes en el interés general de la Nación. Son bienes que están afectados a un fin público, de especial trascendencia para la sociedad: la satisfacción del derecho fundamental al medio ambiente equilibrado y adecuado. Por ello se encuentran fuera del comercio, el Estado no puede transferirlos. Son imprescriptibles, implica que estos bienes no se pueden adquirir por la posesión. Es decir, no importa cuanto tiempo una persona privada esté en poder de estos bienes nunca los podrá adquirir por esa vía.

Como dice Alvarez – Gendin:

"El dominio público, es en suma una forma de propiedad especial privilegiada de los entes públicos, afectada a la utilidad pública, a un servicio público o al interés nacional y entretanto no sujeto a la alienabilidad o prescriptibilidad como la propiedad privada (...)

La doctrina presenta, como notas o características del dominio público, las siguientes: 1. Inalienabilidad. 2. Imprescriptibilidad, 3. Inembargabilidad. 4. Inhipotecabilidad (...), y 5. No pagan contribución. La acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar la posesión.

La administración no necesita ejercitar acciones posesorias, pues puede recuperar la posesión perdida (...) por sí misma, administrativamente (...).

*Estas características son una consecuencia del fin público o de los intereses públicos que pretende perseguir el sujeto que posee el dominio público, o sea la administración, en cualquiera de sus diversos grados, aunque sea poseído o administrado por persona institucional.*² (subrayado agregado por los autores)

El *dominio público* también ha sido definido por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 29 de enero de 2004 recaída en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Decreto de Urgencia 055-2001 y la Ley 27684, en los siguientes términos.

"El dominio público es una forma de propiedad especial, afectada al uso de todos, a un servicio a la comunidad o al interés nacional, es decir, que está destinada a la satisfacción de intereses y finalidades públicas y, por ello, como expresa el artículo 73 de la Constitución, tiene las características de bienes

lado para abrir paso a la presente propuesta legislativa. En estos casos se llamará la atención sobre la edición.

² ALVAREZ – GENDIN, Sabino. El Dominio Público. Su Naturaleza Jurídica. Vosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956. P. 41-45.

60
Sección

**SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS**

*"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"*

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

- se acepta que un particular puede tomar la posesión de estos bienes entonces podría disponer de dicha posesión; se le podría aplicar las reglas de la posesión sobre bienes muebles donde se implica la propiedad si se ostenta la posesión; y hasta adquirir el bien por prescripción; todo ello sería una forma del particular de pasar un bien a su patrimonio cuando el mismo no puede salir de la esfera patrimonial del Estado.
11. Por tanto el Estado tiene la potestad (como titular del patrimonio de la Nación) de ejercer la facultad de recuperación posesoria, la cual tendría como objetivo principal la defensa de los bienes de dominio público.
 12. Esta potestad puede enmarcarse dentro de lo que se conoce como "autotutela" de la administración. El ejercicio de esta potestad es ejecutiva (debido a la especialidad del bien que es uno de aquellos que no están en el comercio), no necesitando, como ocurre en las recuperaciones posesorias entre particulares, el amparo de los órganos jurisdiccionales para llevarlos a cabo. Cabe agregar que la defensa posesoria esta pensada para bienes que se encuentran en el comercio, es decir todos aquellos bienes que pueden ingresar en el patrimonio de un particular.
 13. Esta recuperación por sí misma de la posesión indebidamente perdida es lo que la doctrina han dado en denominar "*interdictum proprium*". Esta potestad va dirigida a la recuperación y restablecimiento de la situación posesoria anterior alterada por el particular; atiende a la protección y defensa de la Administración por sí misma, es decir, sin necesidad de pedir la actuación jurisdiccional.
 14. La recuperación de la posesión y el restablecimiento de los bienes de dominio público, eliminando su detentación ilegítima por los particulares que los hubieran tomado. Esta recuperación podrá suponer la extracción física de los bienes del ámbito del ilegítimo.
 15. Por último se debe añadir la determinación que hace el Tribunal Constitucional acerca de la interdependencia existente entre los bienes que forman parte de un ecosistema, determinación que es de especial aplicación a los sistemas de conservación *in situ* como son las ANP. El máximo Tribunal en la sentencia del expediente N° 0048-2004-PI/TC, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Jose Miguel Morales Dasso en representación de 5,000 ciudadanos contra Ley N° 28258 – Ley de Regalía Minera, dice: "*Se debe tener en cuenta que estos bienes son importantes en tanto su interdependencia entre ellos y como sustento de sistemas ecológicos que son la base para los servicios ambientales que hacen posible los factores esenciales de la sociedad humana (agua, aire, reserva genética – a fin de evitar la endogamia que puede hacer inviable la producción masiva de alimentos, entre otros, etc).*"

Al ser este un tema esencialmente derivado de la aplicación de los Derechos Reales, se realizó la consulta al Estudio de Abogados Jorge Avendaño Valdez que cuenta entre sus miembros a los más reputados especialistas en dicho tema. Consideramos importante citar el análisis mencionado¹:

¹ Se ha editado el texto en algunos puntos, para hacer continua su lectura respetando la opinión de los autores, ó por la referencia que el mismo realiza a un Proyecto de Decreto Supremo que ha sido dejado de

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

- c. El Estado tiene un dominio de uso público sobre las calles, las carreteras, los parques, las avenidas que el Estado no usa, lo usamos todos, es un dominio a favor de todos los ciudadanos. Aquí se encuentran las ANP.
 - d. Bienes que se denominan de servicio público que quiere decir, bienes que se destinan a la prestación de un servicio público.
5. Existen dos teorías para explicar la naturaleza de los bienes de dominio público: la teoría del dominio público por naturaleza y la teoría del dominio público por afectación.
- a. La teoría del dominio público por naturaleza parte de la distinción romana entre *res fisci* y *res publicae*, y sostiene que la segunda es el dominio público y eran las cosas que por su naturaleza estaban destinadas al uso común o público, no siendo susceptibles de apropiación o enajenación y no pudiendo ejercerse sobre ellas por parte del Estado titularidades dominiales. Tenemos aquí a las vías públicas, las plazas, los ríos, etc, todas las cuales son consideradas como *res nullius* y las funciones del Estado respecto de las mismas se restringen a guardarlas y vigilarlas, sin que pudiera hablarse de una propiedad estatal sobre las mismas. Esta teoría actualmente es mayoritariamente rechazada.
 - b. La teoría del dominio público por afectación es la actualmente aceptada. Esta sostiene que los bienes que no son propiedad de los particulares son propiedad del Estado (no existen así las *res nullius*), y que de éstos, los que son por el Estado afectados o destinados al uso público, o a la prestación de un servicio público, constituyen el dominio público, que se caracteriza por su peculiar régimen jurídico motivado por ese destino peculiar al uso o al servicio público.
6. El dominio público está sometido a un régimen jurídico especial del Derecho Público, caracterizado por su *inalienabilidad e imprescriptibilidad*, como también por hallarse sujeto al poder de policía de la administración que sobre él se ejerce y que se manifiesta con modalidades propias y específicas.
7. Los bienes de dominio público no pueden ingresar al comercio. Es decir el Estado (titular de la propiedad en nombre de la Nación) no puede disponer del bien.
8. Si el único que puede ser titular de un bien de dominio público no puede transferir la propiedad del mismo, menos aún un particular puede realizarlo bajo cualquier circunstancia.
9. Si no puede transferirse la propiedad tampoco puede transferirse la posesión, pues esta es una de las potestades del primero. Esto es, el Estado no puede perder nunca la posesión sobre dichos bienes puesto que al estar fuera del comercio, fuera de la apropiación de los particulares, los mismos no pueden acceder a la posesión sobre ellos.
10. Esto conlleva como consecuencia que por más que un particular tome en sus manos un bien que sea de dominio público o que sea un bien parte de uno de dominio público, no puede adquirir la posesión del mismo. Si es que

62

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

misma norma, el cual señala que puede "...permitirse (...) el aprovechamiento de recursos..."

La misma Ley permite la existencia de dominios privados sobre partes de las ANP, ya que reconoce los derechos adquiridos. Es decir la excepción *per se* a la regla que las ANP, así como cada uno de sus componentes, son bienes de dominio público, es que dichos bienes no contarán con un propietario (distinto al Estado mismo) antes del establecimiento del ANP.

La recuperación administrativa de bienes no se contempla de manera explícita en la legislación ambiental vigente, pero su aplicación es incuestionable. Ella se basa en lo siguiente:

1. Las ANP (incluidos todos los bienes muebles o inmuebles que las conforman) son bienes de dominio público y son por tanto inalienables e imprescriptibles (según lo establece la Constitución) e inembargables según lo establece el Código Procesal Civil en el inciso 1 de su artículo 648º, en el cual se establece (en aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 006-96-I/TC, en la cual se señala que subsiste la vigencia del artículo 73º de la Constitución) que son inembargables los bienes del Estado de dominio público.
2. Cabe resaltar el hecho que si bien las ANP y sus partes son bienes de dominio público, los mismos en estricto no pueden ser considerados "propiedad" del Estado, tal como lo reconoce el mismo Tribunal Constitucional, que al respecto señala: *"El Estado no ostenta una situación subjetiva de propietario de los recursos naturales que le otorgue una serie de potestades exclusivas sobre dichos bienes en concepto de dueño, pues tales facultades se inspiran en una concepción patrimonialista del dominio privado. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 227/1988, de fecha 29 de noviembre, (Fundamento 14) con criterio esclarecedor formula lo siguiente: "(...) en efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato"*
3. Es contundentemente claro que para el máximo tribunal de este país los bienes de dominio público están excluidos del tráfico jurídico privado.
4. Los bienes de dominio público, tienen un dominio diferente al privado. Dentro de ese dominio público la doctrina distingue una serie de formas:
 - a. Dominio soberano, es el que el Estado tiene sobre el territorio nacional y el mar territorial. Este es un dominio que no es incompatible con el dominio privado.
 - b. Dominio eminential, que lo tiene el Estado. ¿Qué cosa es eminential?. Por ejemplo cuando se explota el petróleo, aquí el Estado está allí, deja que explotes y hagas todo, pero si te portas mal y no explotas o explotas mal o lo que fuere, revierte al mismo.

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

disponer de dicha posesión; se le podría aplicar las reglas de la posesión sobre bienes muebles donde se implica la propiedad si se ostenta la posesión; y hasta adquirir el bien por prescripción; todo ello sería una forma del particular de pasar un bien a su patrimonio cuando el mismo no puede salir de la esfera patrimonial del Estado.

Por tanto el Estado tiene la potestad (como titular del patrimonio de la Nación) de ejercer la facultad de recuperación posesoria, la cual tendría como objetivo principal la defensa de los bienes de dominio público.

Esta potestad puede enmarcarse dentro de lo que se conoce como "autotutela" de la administración. El ejercicio de esta potestad es ejecutiva (debido a la especialidad del bien que es uno de aquellos que no están en el comercio), no necesitando, como ocurre en las recuperaciones posesorias entre particulares, el amparo de los órganos jurisdiccionales para llevarlos a cabo. Cabe agregar que la defensa posesoria esta pensada para bienes que se encuentran en el comercio, es decir todos aquellos bienes que pueden ingresar en el patrimonio de un particular.

Así, la necesaria figura de la "Recuperación Administrativa de Bienes Intangibles" consiste en el acto por el cual el Estado toma el control material de los bienes ambientales que por cualquier razón o circunstancia no permitida han salido del ámbito de protección o se encuentran en riesgo de ser sustraídos. Estos actos posesorios del Estado no requieren un procedimiento administrativo previo.

Mas claramente, consiste en el restablecimiento de la plena posesión de la Administración del Estado, por ella misma, de las Áreas Naturales Protegidas - ANP, las cuales son ilegítimamente tomadas por terceros.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 73° de la Constitución, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Estas previsiones constitucionales son de plena aplicación a las ANP, ya que las mismas por su propia naturaleza y por mandato legal, son de dominio público.

En este sentido, la Ley de ANP – Ley N° 26834 - señala que no existirán sobre las ANP usos especiales o privativos que no sean los adquiridos mediante los procedimientos legalmente establecidos al efecto (permisos, autorizaciones, concesiones), careciendo por tanto de todo valor las detenciones privadas de dichos bienes, por prolongadas que sean en el tiempo (sobre estos bienes no cabe usucapión), ya que como lo señala el artículo 4° de la indicada norma "*...Las Áreas Naturales Protegidas, (...), son de dominio público y no podrán ser adjudicadas en propiedad a los particulares.*"

Obviamente que cuando la Ley señala que las ANP no podrán ser adjudicadas en propiedad se alude no sólo al integro de un ANP, sino a todas sus partes. Esta regla general tiene la excepción que establece el propio artículo 1° de la

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

Consiste en el restablecimiento de la plena posesión de la Administración del Estado, por ella misma, de los bienes de las ANP, los cuales son ilegítimamente tomadas por terceros.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 73° de la Constitución, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Estas previsiones constitucionales son de plena aplicación a las ANP, ya que las mismas por su propia naturaleza y por mandato legal, son de dominio público.

En este sentido, la Ley de ANP – Ley N° 26834 - señala que no existirán sobre las ANP usos especiales o privativos que no sean los adquiridos mediante los procedimientos legalmente establecidos al efecto (permisos, autorizaciones, concesiones), careciendo por tanto de todo valor las detenciones privadas de dichos bienes, por prolongadas que sean en el tiempo (sobre estos bienes no cabe usucapión), ya que como lo señala el artículo 4° de la indicada norma "*...Las Áreas Naturales Protegidas, (...), son de dominio público y no podrán ser adjudicadas en propiedad a los particulares.*"

Obviamente que cuando la Ley señala que las ANP no podrán ser adjudicadas en propiedad se alude no sólo al suelo de un ANP, sino a todas sus partes. Esta regla general tiene la excepción que establece el propio artículo 1° de la misma norma, el cual señala que puede "*...permitirse (...) el aprovechamiento de recursos...*"

La misma Ley permite la existencia de dominios privados sobre partes de las ANP, ya que reconoce los derechos adquiridos. Es decir la excepción *per se* a la regla que las ANP, así como cada uno de sus componentes, son bienes de dominio público; es que dichos bienes no contarán con un propietario (distinto al Estado mismo) antes del establecimiento del ANP.

La misma Ley permite la existencia de dominios privados sobre partes de las ANP, ya que reconoce los derechos adquiridos. Es decir la excepción *per se* a la regla que las ANP, así como cada uno de sus componentes, son bienes de dominio público, es que dichos bienes no contarán con un propietario (distinto al Estado mismo) antes del establecimiento del ANP.

Los bienes naturales de las ANP son de dominio público, por lo que, están sometidos a un régimen jurídico especial del Derecho Público, caracterizado por su *inalienabilidad e imprescriptibilidad*, como también por hallarse sujeto a la policía que sobre él se ejerce y que se manifiesta con modalidades propias y específicas. Los bienes de dominio público no pueden ingresar al comercio. Es decir el Estado (titular de la propiedad en nombre de la Nación) no puede disponer del bien.

Esto conlleva como consecuencia que por más que un particular tome en sus manos un bien que sea de dominio público o que sea un bien parte de uno de dominio público, no puede adquirir la posesión del mismo. Si es que se acepta que un particular puede tomar la posesión de estos bienes entonces podría

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

Ministerio del Ambiente, siendo este último el ente incorporante. En la misma disposición se establece que "Toda referencia hecha al INRENA o a la Intendencia de Áreas Naturales Protegidas o a las competencias, funciones y atribuciones respecto a las áreas naturales protegidas, una vez culminado el proceso de fusión, se entenderá como efectuada al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado".

- 1.6. En junio del 2008 se publica el Decreto Legislativo N° 1079: Medidas que garantizan el patrimonio natural en áreas naturales protegidas

2. Base Legal.

- o Constitución Política del Perú
- o Convenio N° 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes aprobado por Resolución Legislativa N° 26253.
- o Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834
- o Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas aprobado por el Decreto Supremo N° 038-2001-AG, en el Capítulo II del Título II.
- o Decreto Legislativo N° 1013 que crea el Ministerio del Ambiente y el SERNANP.
- o Ley N° 29157 que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, y con el Apoyo a la Competitividad Económica para su Aprovechamiento

3. Análisis.

3.1 Sobre el Decreto Legislativo 1079

El Decreto Legislativo 1079 regula el tema de la **autoridad competente para la administración del patrimonio natural** en áreas naturales protegidas que es el Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado- SERNANP

Esta norma regula esencialmente el tema de **la Recuperación administrativa y el dominio eminencial del Estado.**

La norma regula el procedimiento de recuperación administrativa de los bienes naturales (fauna o flora silvestre) que se encuentren en manos de particulares al interior de Áreas Naturales Protegidas, obviamente respetando los usos tradicionales de las Comunidades Nativas y las necesidades de subsistencia de las poblaciones locales.

63

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME Nº 189 - 2009-SERNANP-OAJ

Lo cierto es que la normatividad vigente no otorgaba el marco adecuado para el cumplimiento de dicho imperativo constitucional, sino que por el contrario, promovía la ilegalidad en el aprovechamiento de los recursos naturales, promoviendo el circuito comercial de los mismos, al hacerse inviables ciertos procedimientos que la Administración tenía que hacer, tales como probar que el Estado es el propietario de los recursos naturales, rompiendo la presunción de propiedad sobre los poseedores de recursos naturales extraídos ilegalmente.

En esa línea, era necesario establecer políticas y procedimientos que evidenciaran que el Estado (a través del INRENA, hoy SERNANP en lo que respecta a áreas naturales protegidas) es el custodio del patrimonio natural.

- 1.3. Ante el panorama citado, se hacía indispensable que el sistema normativo reconozca que existen bienes que no pueden salir de la posesión del Estado (y que por ende, no pueden ingresar al comercio), por lo que no es posible que algún particular pueda alegar posesión o propiedad sobre los mismos; menos aún en zonas donde está prohibido realizar cualquier tipo de extracción, así la fauna o flora silvestre no tengan algún grado de protección, como es el caso de las Áreas Naturales Protegidas.
- 1.4. Un sistema normativo eficaz para el eficiente resguardo de los recursos naturales a cargo del Estado, necesitaba contar con tres lineamientos esenciales:
 - Reconocer que el Estado en su rol de cautelar el Patrimonio de la Nación en Áreas Naturales Protegidas, no requiere más que un acto de recuperación. Por ello se debe implementar una figura administrativa que permita al Estado recuperar los ejemplares, productos o sub productos de fauna o flora silvestre (bienes de nuestro patrimonio natural) sin necesidad de un procedimiento administrativo, debido a que el mismo no es necesario dada la naturaleza de los indicados bienes.
 - Establecer mecanismos o sanciones verdaderamente disuasivas económicamente al que incumple con la normatividad que sustenta el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.
 - Brindarle al Estado los mecanismos adecuados para asegurar la seguridad necesaria al personal a cargo de las intervenciones a fin que pueda realizar la recuperación y las tareas de control y protección del patrimonio natural de la Nación.
- 1.5. En el medio del debate de estas necesidades normativas, se aprueba el *Decreto Legislativo Nº 1013* del 13 de mayo del 2008 que crea el Ministerio del Ambiente, estableciendo en su Segunda Disposición Complementaria Final, la creación de organismos públicos adscritos al Ministerio del Ambiente, entre los cuales se encuentra el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP). Asimismo, en la Tercera Disposición Complementaria Final se dispone la fusión de la Intendencia de Áreas Naturales Protegidas del INRENA con el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) del

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME Nº 189 - 2009-SERNANP-OAJ

Para : Lic. Luis Alfaro Lozano
Jefe del SERNANP

Asunto : Informe técnico jurídico para sustentar la defensa del poder Ejecutivo en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Decreto Legislativo 1079

Referencia : Oficio 771-2009-PCM/PRO

Fecha : Lima, 06 OCT. 2009

1.- Antecedentes

- 1.1. La suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos puso en evidencia los graves problemas por los que tuvo que enfrentar el entonces INRENA (hoy Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado-SERNANP) referidos a la tala ilegal y al comercio ilegal de fauna silvestre. En ese sentido, el Anexo sobre el manejo del sector forestal del Protocolo, se detalla lo siguiente:

"Las Partes reconocen que el comercio relacionado con la tala ilegal y el comercio ilegal de fauna silvestre, incluido su tráfico, socavan el comercio de productos provenientes de fuentes de tala legal, reducen el valor económico de los recursos naturales y debilitan los esfuerzos para promover la conservación y el manejo sostenible de recursos. Por consiguiente, cada Parte se compromete a combatir el comercio asociado con la tala ilegal y el comercio ilegal de fauna silvestre. Las Partes reconocen que el buen manejo del sector forestal es crucial para promover el valor económico y el manejo sostenible de los recursos forestales. Por consiguiente, cada Parte se compromete a tomar acción en el marco de este Anexo para mejorar la gestión del sector forestal y promover el comercio legal de los productos madereros."

En ese sentido, se hacía necesaria y urgente la regulación de mecanismos para contrarrestar este problema como compromisos condicionantes a la firma del Tratado de Libre Comercio- TLC. Y en el caso del INRENA, hoy SERNANP, era evidente el resguardo de los recursos naturales dentro de las áreas naturales protegidas, donde el valor de los recursos maderables y fauna silvestre son los de mayor valor en el mercado ilegal y de donde se presume se extraen la mayor parte de dichos recursos.

- 1.2. De otro lado, la coyuntura del Tratado de Libre Comercio, evidenció la urgencia de cautelar el Patrimonio Natural del país, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 68 de la Constitución Política del Perú sobre Conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas que establece textualmente: "El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas".

**SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO
DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS**

*"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"*

INFORME N° 189 - 2009-SERNANP-OAJ

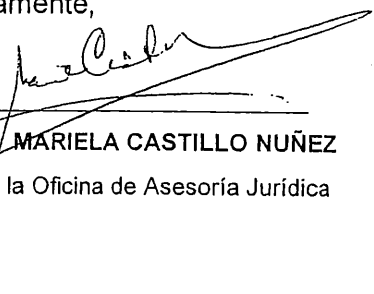
5. Recomendaciones.

Elevar el presente informe a la Procuraduría del MINAM para que a su vez sea remitida a la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Lo que informamos, para los fines que estime convenientes.

Atentamente,




ABOG. MARIELA CASTILLO NUÑEZ
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica




ABOG. ALCIDES CHÁVARRY CORREA
Secretario General

4 I 65
Sentencia
Cruz**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 13 días del mes de marzo de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, y con la excusa formulada por el Magistrado Bardelli Lartirigoyen, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 3º, 4º y 6º de la Ley N.º 27433, publicada el 10 de marzo de 2001.

ANTECEDENTES

El Colegio de Abogados del Callao, representado por su Vicedecano, doctor Manuel Córdova Martínez, con fecha 23 de setiembre de 2002, interpone acción de inconstitucionalidad contra los artículos 3º, 4º y 6º de la Ley N.º 27433, por considerar que vulneran los artículos 2º, inciso 2), 24º, 26º, 51º, 103º, 150º, 154º y 206º de la Constitución Política del Estado.

Alega que si bien la Ley N.º 27433 derogó diversos decretos leyes dictados por el fujimorismo (sic), disponiendo su artículo 2º la reincorporación de los magistrados arbitrariamente cesados, dicha norma contiene diversos dispositivos que colisionan con la Constitución, principalmente en atención a lo siguiente:

- a. Si bien el artículo 1º de la ley impugnada deroga los decretos leyes allí mencionados, resulta inconcebible que, conforme a sus Artículos 3º y 4º, se tenga que someter a los magistrados cesados a una evaluación que se contrapone con los alcances mismos de la derogación de la norma, por cuanto ello supone jurídicamente la inexistencia de la misma y el regreso al estadio anterior a su vigencia. Señala que, en atención a ello, el Tribunal Constitucional y los Organismos Internacionales Especializados han establecido la inconstitucionalidad de los citados decretos leyes, y, como consecuencia de ello, han dispuesto la reincorporación de magistrados, procediéndose a la restitución total de sus derechos, y no como lo establecen los dispositivos impugnados. Aduce que, pretender una evaluación para corregir el atropello que consagraron tales decretos, supondría que los mismos no fueron del todo inconstitucionales.
- b. La ley impugnada, por otra parte, sólo ha considerado a un grupo de magistrados cesados, mas no a aquéllos que pertenecen al Ministerio Público y que fueron separados por los Decretos Leyes N.ºs 25530, 25735 y 25991, y, por consiguiente, contraviene el artículo 103º de la Constitución, que establece que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.
- c. No obstante que el artículo 154º de la Constitución asigna cuatro funciones específicas al Consejo Nacional de la Magistratura (nombrar magistrados previo concurso público, ratificar jueces y fiscales cada siete años, aplicar la sanción de destitución y extender a los jueces y fiscales el título que los acredita), la Ley N.º 27433 ha incorporado una facultad adicional no prevista en momento alguno, y que supone un examen de selección, con lo cual, en la práctica, los reincorporados terminan dando examen dos veces para un mismo cargo; por lo que se violaría el artículo 206º de

la Constitución.

- d. El artículo 6° de la norma cuestionada, a su juicio, vulnera los derechos sociales y económicos de la Constitución y, en concreto, aquéllos que reconocen el derecho a la remuneración del trabajador, la prioridad que debe suponer la ejecución de sus pagos y beneficios sociales, el derecho a la igualdad, el carácter irrenunciable de los derechos sociales y económicos y la interpretación más favorable a favor del trabajador –en lo que se refiere a sus mismos derechos– en caso de duda.
- e. Finalmente, alega que la Disposición Final de la Ley N.º 27433 discrimina a los magistrados que no hayan cumplido 70 años de edad con relación a la indemnización de sus tiempos de servicios, ya que ésta sólo es otorgada a quienes superan dicha edad, excluyendo de la misma a quienes no la tengan.

El Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, solicitando que se declare infundada, fundamentalmente, por las siguientes razones:

- a. Al haberse derogado por la Ley N.º 27433 diversos decretos leyes dictados por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, se ha dado origen a una nueva situación jurídica que, sin embargo, no supone la reincorporación de los magistrados cesados tal como fue hasta el día de su arbitraria destitución. En todo caso, la posibilidad de retornar al estado anterior a la dación de los citados decretos, sólo sería viable si la propia ley lo hubiese establecido, pero ello no ha sido así, debido a que las condiciones y circunstancias que se dieron en el momento del cese no se pueden repetir.
- b. El artículo 154° de la Constitución no puede ser interpretado literalmente, sino de manera sistemática, por lo que los artículos 3° y 4° de la norma impugnada deben ser interpretados conforme a las normas que otorgan al Consejo Nacional de la Magistratura la categoría de órgano autónomo encargado de realizar el nombramiento, evaluación, ratificación y sanción de los jueces y fiscales.
- c. La Ley N.º 27433 establece un mecanismo adecuado para que, mediante la evaluación previa, se reincorpore a magistrados con la certeza de que gozan de idoneidad para desempeñar el cargo. Por tal razón, es indispensable la revisión del legajo personal de los magistrados a ser reincorporados.
- d. Cuando la ley impugnada ha establecido una diferenciación entre jueces y fiscales, no lo ha hecho en función de las personas sino por las circunstancias, ya que a través del Decreto Ley N.º 25530 se constituyó una Comisión Evaluadora facultada para solicitar informes y demás antecedentes sobre la conducta, deméritos, producción funcional y demás información existente para evaluar a los fiscales.

Ante dicha Comisión, los fiscales pudieron ejercer su derecho de defensa, siendo la Junta de Fiscales la encargada de su ratificación o separación definitiva de su cargo. Por ello, señala, existe una manifiesta diferencia entre los magistrados cesados por los Decretos Leyes N.ºs 25423, 25425, 25437, 25442, 25443, 25446, 25471, 25492, 25529, 26118 y los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N.º 25580 –a quienes se les privó de su derecho de defensa– y la de los fiscales cesados conforme a los Decretos Leyes N.ºs 25530, 25735 y 25991 –a quienes, por el contrario, sí se les permitió ejercer su derecho de defensa–.

- e. No cabe, a su juicio, sostener que el artículo 6° de la ley impugnada viola los derechos

económicos y sociales de los trabajadores, pues el reconocimiento de remuneraciones después de determinarse la reposición de los mismos, no procede conforme a reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, sino únicamente para reconocer, a efectos pensionables, el tiempo de servicios dejados de prestar.

- f. Finalmente, tampoco es discriminatoria la norma impugnada, pues los magistrados que no deseen acceder al procedimiento establecido en la ley impugnada, pueden pedir su indemnización a través de la vía judicial pertinente. En todo caso, el objeto de la Disposición Final Única de la Ley cuestionada es que los magistrados mayores de 70 años puedan ser indemnizados conforme a ley, en caso de su no reingreso al trabajo.

Realizada la vista de la causa, el 5 de diciembre del 2002, y escuchados los informes orales de las partes, la presente causa se encuentra en estado de resolver.

FUNDAMENTOS

1. Se alega que es inconstitucional el artículo 3° de la Ley N.° 27433, puesto que el mismo pretende asignar al Consejo Nacional de la Magistratura una atribución que el artículo 154° de la Constitución no le otorga: En concreto, la de reincorporar a los magistrados destituidos en 1992, mediante un proceso de evaluación de su conducta e idoneidad en el desempeño del cargo que venían ejerciendo al 5 de abril de 1992.

El Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que no es exacto que, cuando la Constitución no lo haya previsto, el legislador ordinario se encuentre vedado de asignar una competencia a un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Dicho de otro modo, que siempre y en todos los casos termine siendo inconstitucional el otorgamiento de una competencia no prevista directamente en la Constitución.

Es el caso, desde luego, de atribuciones que no encontrándose expresamente previstas en la Constitución, sin embargo, son inherentes a la función (poderes implícitos). Como sostuvo el *Chief Justice* Jhon Marshall, en el *Leanding Case McColluch vs Maryland*, a propósito del Poder Legislativo: "Admitimos (...) que los poderes del gobierno son limitados y que sus límites no han de ser sobrepasados. Pero creemos que una sana interpretación de la Constitución debe permitir a la legislatura nacional esa facultad discrecional, con respecto a los medios por los cuales los poderes que se le confieren han de ponerse en ejecución, que permita a ese cuerpo cumplir los altos deberes que se le han asignado, de la manera más beneficiosa para el pueblo. Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios que sean apropiados, que se adapten claramente a ese fin, que no estén prohibidos, pero que sean compatibles con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales" (citado por Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno. I Poderes federales y estatales*, UNAM, México 1966, pág. 125).

Admitir la tesis del recurrente en todas sus consecuencias, podría poner en riesgo el correcto y adecuado funcionamiento de los diversos órganos constitucionales, esto es, de aquéllos cuyas principales competencias han sido previstas expresamente en la Constitución; y, de manera singular, de los órganos de relevancia constitucional, cuya creación se encuentra establecida directamente en la Constitución, pero el desarrollo de cuyas competencias se deja librado al ámbito de la ley orgánica respectiva.

2. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que, en rigor, las atribuciones que otorga el artículo 3° de la Ley N.° 27433 no pueden entenderse como parte de uno de los poderes

Seventy
y hr

implícitos que habría que reconocer al Consejo Nacional de la Magistratura, esto es, como una facultad absolutamente necesaria para que tal órgano constitucional pueda desempeñar de la mejor forma las funciones señaladas en la Norma Fundamental, puesto que tales atribuciones no tienen relación con ninguna de las que establece el artículo 154° de la Constitución.

3. Por lo demás, cabe agregar que la pretensión medular de la demanda, en el sentido de que el artículo 3° de la ley impugnada –y, como consecuencia de ello, el artículo 4° de la misma– es inconstitucional en cuanto y en tanto condiciona el retorno de los jueces y fiscales inconstitucionalmente destituidos de sus respectivos puestos, a la aprobación de un examen que debe rendirse ante el Consejo Nacional de la Magistratura, parece correcta y bien fundada a este Colegiado, a mayor abundamiento, cuando tal criterio concuerda con el que aparece en numerosas sentencias expedidas por el mismo, y recaídas en sendos juicios de amparo incoados por causas análogas, esto es, por jueces y fiscales que habían sido destituidos de sus cargos de modo inconstitucional, tal como lo señala el demandante en estos mismos autos.

Por todo ello, Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional el artículo 3° de la Ley N.° 27433 y, por extensión, también su artículo 4°.

4. Finalmente, el Tribunal Constitucional no considera que el artículo 6° de la Ley N.° 27433 sea inconstitucional por declarar que "La presente Ley no genera derecho alguno para el reconocimiento o pago de haberes dejados de percibir, gratificaciones, bonos o cualquier otra forma de retribución salarial".

El demandante sostiene que dicho numeral lesiona los derechos económicos y sociales y, en particular, el inciso 3) del artículo 26° de la Constitución, según el cual "En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma".

El Tribunal Constitucional no ve la forma como dicho artículo 6° pueda lesionar el referido inciso 3) del artículo 26° de la Constitución, pues es claro que dicho precepto no reconoce directamente derecho constitucional alguno. Se trata, más bien, de un criterio de interpretación utilizable en materia laboral, cuya aplicación se encuentra supeditada a que, en una norma legal, exista una "duda insalvable" sobre su sentido. En pocas palabras, de un criterio de interpretación cuya aplicación corresponde al operador jurídico.

Por lo demás, el glosado artículo 3° no excluye ni limita el derecho a la indemnización que corresponda a quienes pudieran resultar afectados por los decretos leyes derogados en el artículo 1° de la ley cuestionada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **FUNDADA**, en parte, la demanda interpuesta y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 3° y 4° de la Ley N.° 27433 e **INFUNDADA** en lo demás que contiene. Dispone asimismo la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

SS

*Seventy
nine*

ALVA ORLANDINI

AGUIRRE ROCA

REVOREDO MARSANO

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA



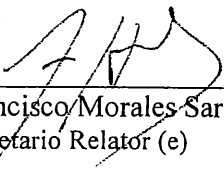
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00023-2009-PI/TC

Lima, 5 de noviembre de 2009

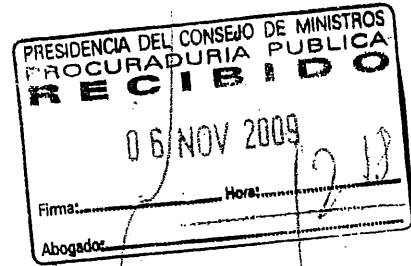
Al principal: téngase por absuelto el trámite de contestación de demanda del Proceso de Inconstitucionalidad por parte del Poder Ejecutivo; señálese para la Vista de la Causa el día 27 de noviembre del presente año a horas 9:00 de la mañana en la sede del Tribunal Constitucional, Calle Misti N° 102 – Yanahuara- Arequipa. Al otrosí: téngase presente la delegación por representación a favor de los letrados en mención. Notifíquese a las partes.

Sr.


Dr. Francisco Morales Saravia
Secretario Relator (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Lima, 5 de noviembre de 2009

Oficio N° 0836-2009-SR/TC

Señor:
RICARDO RAUL CASTRO BELAPATIÑO
Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros
Av. Armendáriz N° 339 – 2do piso - Miraflores

Lima

Ref. Expediente 0023-2009-PI/TC

De mi especial consideración:

Me dirijo a Usted, por encargo del señor Presidente del Tribunal Constitucional, con el objeto de remitirle copia certificada del decreto que señala fecha para la Vista de la Causa del proceso de la referencia.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO

Dr. Francisco Morales Saravia
Secretario Relator (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 5 de noviembre de 2009

Oficio N° 0835-2009-SR/TC

Señor:
GONZALO TUANAMA TUANAMA
Representante de ciudadanos
Calle Bolívar N° 472, Of. N° 1104, Miraflores

Lima

Ref. Expediente 0023-2009-PI/TC

De mi especial consideración:

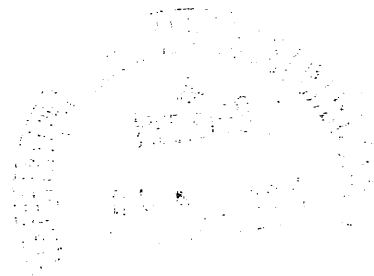
Me dirijo a Usted, por encargo del señor Presidente del Tribunal Constitucional, con el objeto de remitirle copia de la contestación de la demanda; además copia certificada del decreto que señala fecha para la Vista de la Causa del proceso de la referencia.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO

Dr. Francisco Morales Saravia
Secretario Relator (e)

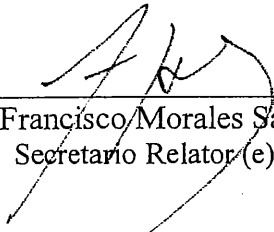
Adj. 69 fs.



EXP. N° 00023-2009-PI/TC

Lima, 10 de noviembre de 2009

Concédase el uso de la palabra conforme lo solicita, por no más de cinco minutos.



Dr. Francisco Morales Saravia
Secretario Relator (e)

Expediente: 00023-2009-PI/TC
Escrito : 02
Sumilla : Uso de la Palabra.

2009 NOV 9 PM 3 15

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

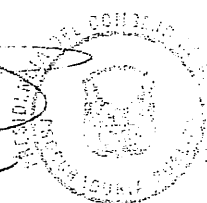
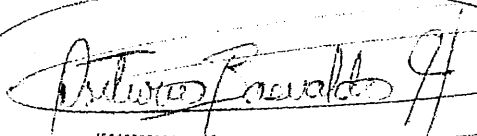
RICARDO RAUL CASTRO BELAPATÍÑO, Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08329550, designado mediante Resolución Suprema N° 147-2006-JUS; **en mérito a la Resolución N° 022-2009-JUS/CDJE-P** de fecha 10.09.2009, expedida por la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO; EN REPRESENTACION DEL PODER EJECUTIVO**, en la demanda interpuesta por **GONZALO TUANAMA TUANAMA EN REPRESENTACION DE SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS**, sobre **PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD** interpuesto contra el **DECRETO LEGISLATIVO 1079**; ante usted respetuosamente me presento y digo:

Que, con fecha 06.11.2009 hemos sido notificados con la Resolución S/N de fecha 05.11.2009, mediante la cual se ha señalado fecha para Vista de la Causa para el día 27.11.2009 a horas 9:00 a.m; en ese sentido, solicito se me conceda el **USO de la PALABRA** a efectos de que mi persona y/o cualquiera de los letrados a quienes he delegado representación en autos, efectúe(n) el **INFORME ORAL** respectivo, sustentando los argumentos de defensa del Poder Ejecutivo, sobre cuya base, solicitamos se declare Infundada la demanda en todos sus extremos.

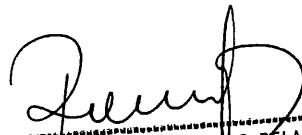
POR TANTO:

Señor Presidente, solicitamos se nos conceda el Uso de la Palabra conforme a Ley.

Lima, 09 de noviembre de 2009.



ARTURO BASUALDO HILARIO
ABOGADO
Reg. C.A.L. 46013

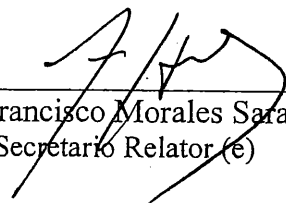


DR. RICARDO R. CASTRO BELAPATÍÑO
Procurador Público
Presidencia del Consejo de Ministros
Reg. C.A.L. N° 15846

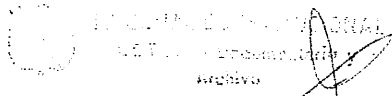
EXP. N° 00023-2009-PI/TC

Lima, 11 de noviembre de 2009

Al principal: concédase el uso de la palabra conforme lo solicita por no más de cinco minutos. Al otrosí: téngase presente.


Dr. Francisco Morales Saravia
Secretario Relator (e)

029079



Exp.: 023-2009-PI/TC
Sec.: Figueroa
SOLITA USO DE PALABRA

2009 NOV 11 AM 9 49

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MOISES MARTINEZ SUAREZ, abogado de Gonzalo Tuanama Tuanama y adherentes, en el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra el Dec. Leg. 1079, ante Vuestra Presidencia manifiesta:

Que, habiéndose fijado el día 27/11709 para la vista de la causa, **SOLICITAMOS** el uso de la palabra para en dicha oportunidad hacer nuestro informe oral y precisar las razones que sustentan nuestra demanda de inconstitucionalidad.

PRIMER OTROSI: Precisamos que el informe solicitado, también lo podrá hacer el Dr. Octavio Alvarado Angulo con Reg. CASM 341.

POR LO TANTO:

Sírvase Señor Presidente proveer lo solicitado.

Lima 11 de Noviembre del 2009

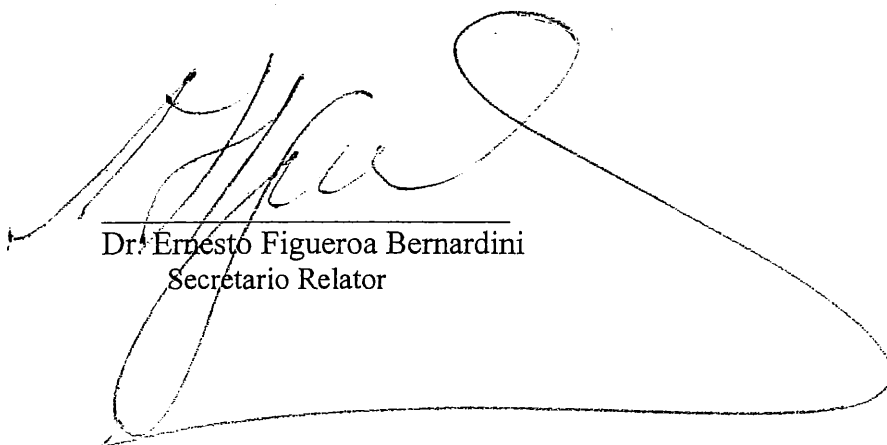
MOISES MARTINEZ SUAREZ
ABOGADO
Reg. CAL 18549

Figuerola

EXP. N° 0023-2009-PI/TC

Lima, 13 de julio de 2009

Téngase por señalado el domicilio procesal que se indica.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

Dr. Ernesto Figuerola Bernardini
Secretario Relator

017195



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Of. Ingreso Documentario y
Archivo

Exp.: 023-2009 - AF

Sec.:

Escrito 02

Cuaderno principal

Sumilla: Corrección de Domicilio
Procesal.

2009 JUL 13 AM 9 02

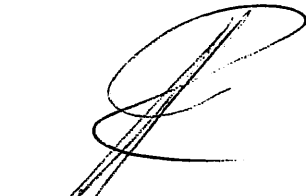
SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MOISÉS MARTÍNEZ SUÁREZ, con Reg. CAL N° 18549 y **OCTAVIO ALVARADO ANGULO** con Reg. CASM N° 341, Abogados del demandante **GONZALO TUANAMA TUANAMA**, en el proceso de **Acción de Inconstitucionalidad** contra el **DECRETO LEGISLATIVO N° 1079**, ante su presidencia señalamos lo siguiente:

Que por error involuntario, en el escrito de la demanda se consignó como domicilio procesal, Calle Bolivar N° 472 Oficina N° 104, Miraflores, Lima; cuando en realidad debió consignarse Calle Bolivar N° 472 Oficina **1104**, Miraflores, Lima.

POR TANTO

Sírvase Señor Presidente, tener presente la corrección mencionada.


MOISÉS R. MARTÍNEZ SUÁREZ
ABOGADO
Reg. C. A. L. 18549



OCTAVIO ALVARADO ANGULO
ABOGADO
C. A. S. M. 341

Lima 06 de Julio de 2009.

EXP. N° 00023-2009-PI/TC

Lima, 06 de julio de 2010

Al principal: téngase por apersonada al proceso a la Procuradora Pública en Materia Constitucional, y por señalado el domicilio procesal que se indica. Al primer otro sí: téngase presente la representación a favor del letrado que se indica y agréguese a los autos los documentos que se adjuntan.



Dr. Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator

Expediente : 00023-2009/PI-TC
Cuaderno : Principal
Sumilla : Apersonamiento, variación de domicilio.

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

KATTY MARIELA AQUIZE CÁCERES,
Procuradora Pública Especializada en
materia constitucional designada mediante
Resolución Suprema N° 117-2010-JUS,
identificada D.N.I. N° 29420624, en los
seguidos por Gonzalo Tuanama Tuanama
en representación de Siete Mil Seiscientos
Noventa y Nueve Ciudadanos, sobre
Demanda de Inconstitucionalidad, ante
usted me presento y digo:

APERSONAMIENTO Y VARIACION DE DOMICILIO

Que, al amparo del artículo 47° de la Constitución Política del Perú, concordante con el Decreto Legislativo N° 1068 y con la Resolución Suprema N° 117-2010-JUS, me apersono al proceso y señalo domicilio procesal en la Calle Carlos Tenaud Cuadra 3 s/n, Distrito de Miraflores, domicilio al cual solicito se me cursen las notificaciones, resoluciones y otros que se desprendan del presente proceso.

Por lo expuesto;

Sírvase Usted, señor Presidente, tenerme por apersonada al proceso con arreglo a ley y, por señalado el domicilio procesal que indico.

PRIMER OTROSI: Que, delego mi representación en el señor abogado Robert Alberto Lázaro González (Registro C.A.L. N° 50458), para que en virtud del Decreto Legislativo N° 1068, represente a esta Procuraduría Pública Especializada en el presente proceso.

SEGUNDO OTROSI: Que, autorizo al señor David Aníbal Ortiz Gaspar con D.N.I N° 70441704, a la señorita Pamela del Rocío Torres Tutivén con D.N.I N° 44047957 y a la señorita Astrid Cabezas Poma con D.N.I.N° 45760591, para efectos de dar lectura al expediente, recabar y tramitar copias certificadas, oficios, exhortos, partes y otros en el presente proceso.

ANEXOS:

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- A.- Copia simple de mi Documento Nacional de Identidad.
- B.- Copia autenticada de la Resolución Suprema N° 117-2010-JUS de fecha 15.06.2010, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 16.06.2010, mediante el cual se me designa como Procuradora Pública Especializada en materia constitucional.



Miraflores, 05 JUN. 2010

032418

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Of. Fichas Documentario y
Archivo

2010 JUL 5 PM 3 37



ES COPIA DEL ORIGINAL
 David Miguel Dumet Delfin
 Director de Sistema Administrativo III
 Secretaría General
 MINISTERIO DE JUSTICIA

Resolución Suprema Nº 117-2010-JUS

Lima, 15 de junio de 2010

VISTO, el Oficio Nº 1259-2010-JUS/CDJE del Secretario Técnico del Consejo de Defensa Jurídica del Estado;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Legislativo Nº 1068 se crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, arbitrajes y conciliaciones;

Que, el artículo 15º de la referida norma establece que el Procurador Público Especializado ejerce la defensa jurídica del Estado en los procesos o procedimientos que por necesidad y/o gravedad de la situación así lo requiera; siendo, entre otros, los que mediante Resolución Suprema se designe;

Que, el artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 1068 establece que es atribución del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, entre otras, proponer la designación de los Procuradores Públicos del Poder Ejecutivo;

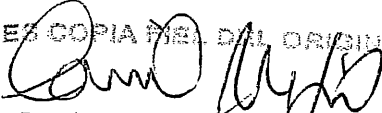
Que, la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo Nº 058-2010-PCM, que modifica el Decreto Supremo Nº 043-2005-PCM que aprueba los procedimientos para utilizar mecanismos constitucionales en situaciones de atribución incorrecta de competencias o quebrantamiento del ordenamiento jurídico, dispone que el Consejo de Defensa Jurídica del Estado deberá proponer al Presidente de la República la designación del Procurador Público Especializado en materia constitucional;

Que, conforme al oficio de visto, el Secretario Técnico del Consejo de Defensa Jurídica del Estado informa que dicho Consejo ha propuesto la designación de la señora abogada Katty Mariela Aquize Cáceres como Procuradora Pública Especializada en materia constitucional, por lo que resulta pertinente emitir el acto correspondiente;

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 47º de la Constitución Política del Perú, el Decreto Ley Nº 25993 - Ley Orgánica del Sector Justicia, el Decreto Supremo Nº 058-2010-PCM, el Decreto Legislativo Nº 1068 por el cual se



102
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL


David Miguel Dumay Dolfin
Director de Sistema Administrativo III,
Secretaría General
MINISTERIO DE JUSTICIA

crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2008-JUS; y,

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Designar a la señora abogada Katty Mariela Aquize Cáceres como Procuradora Pública Especializada en materia constitucional.

Artículo 2°.- Los Procuradores Públicos que vienen conociendo los procesos de inconstitucionalidad, competencial y de acción popular en trámite deberán transferir a la citada Procuradora Pública Especializada los actuados correspondientes, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de publicación de la presente Resolución Suprema.

Artículo 3°.- La presente Resolución Suprema será refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Justicia.

Regístrese, comuníquese y publíquese.




JUAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

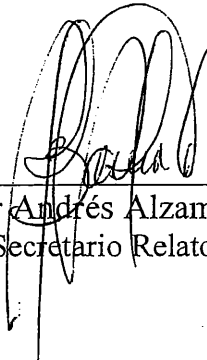

VÍCTOR GARCÍA TOMA
Ministro de Justicia


JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Consejo de Ministros

EXP. N° 0023-2009-PI/TC

Lima, 20 de julio de 2010

Téngase presente al momento de resolver.



Dr. Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator

Expediente : 00023-2009-PI/TC
Cuaderno : Principal
Sumilla : Téngase presente.

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

KATTY MARIELA AQUIZE CÁCERES,
Procuradora Pública en Materia Constitucional,
designada mediante Resolución suprema N° 117-
2010-JUS, identificada con DNI N° 29420624, en
los seguidos por GONZALO TUANAMA
TUANAMA, en representación de SIETE MIL
SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE
CIUDADANOS, sobre **DEMANDA DE
INCONSTITUCIONALIDAD**; ante usted me
presento y digo:

**RAZONES POR LA CUAL ESTE HONORABLE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEBERÁ DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA DE ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1079 (MEDIDAS
QUE GARANTIZAN EL PATRIMONIO DE LAS AREAS NATURALES PROTEGIDAS):**

**1. DETERMINACIÓN DE LAS CLAUSULAS CONSTITUCIONALES Y
CONVENCIONALES SUPUESTAMENTE VULNERADAS CON LA DACIÓN DEL
Decreto Legislativo N° 1079.**

La parte recurrente a lo largo de su escrito de demanda, constantemente alega que el Decreto Legislativo precitado, carece de constitucionalidad, a entender de los demandantes el Decreto Legislativo N° 1079 tiene graves vicios de inconstitucionalidad, en consecuencia ésta para ellos deviene en inconstitucional, porque "supuestamente" contraviene disposiciones constitucionales y convencionales, como los preceptos de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las mismas que vienen a ser la siguientes:

a) Disposiciones constitucionales:

- Art. 2, inciso 19; Art. 89; Art. 101, inciso 4; Art. 118, inciso 1 de la Constitución Política.

b) Disposiciones convencionales:

- Art. 6, inciso 1.a; Art. 2; Art. 13; Art. 14; Art. 15 y Art. 17 del Convenio 169 de la OIT.

**c) Disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los
Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUSDPI):**

003167

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Trámite Documentario y
Archivo

19 PM 1 51



-Art. 19; Art. 30 y Art. 32 de la DNUSDPI.

En ese orden de ideas y analizando a detalle la Demanda de Inconstitucionalidad, el Decreto Legislativo N° 1079 para la parte demandante es "supuestamente" inconstitucional, por no haber contado con un proceso participativo por parte de las comunidades nativas.

En consecuencia es a entender de los accionantes una norma "inconstitucional" porque fue legislada y promulgada sin hacer ninguna consulta previa a los pueblos indígenas.

También alega la parte contraria que el precitado Decreto Legislativo vulnera su derecho a la identidad étnica y cultural, como también el derecho a la autonomía organizativa, económica y administrativa de las comunidades nativas.

2. LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR LOS RECURRENTES CARECE DE ASIDERO LEGAL POR LAS SIGUIENTES RAZONES:

2.1. RESPECTO AL DERECHO A LA CONSULTA (ARTÍCULOS 1.a, 2, 6, 15 Y 17 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT Y ARTÍCULO 1° DE DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS).

Es evidente a todas luces, que la parte demandante parte de una incorrecta interpretación de la norma materia del proceso. En efecto, la parte demandante entiende que el Decreto Legislativo N° 1079, regula específicamente a las comunidades nativas o indígenas, en consecuencia, al regular dicha materia específica, necesariamente se afectaría directamente los derechos de la población indígena, consecuencia de ello, en ese supuesto caso sí cabría realizar a la población precitada una consulta previa de los contenidos ha regular.

Es cierto, no negamos que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, obliga a los Estados partes –como nuestro Estado- a que se proceda a la consulta previa de los pueblos indígenas cuando, AL APLICAR LAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO, SE PREVEAN MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS SUSCEPTIBLE DE AFECTARLE DIRECTAMENTE.

En ese sentido, vale hacer la siguiente interrogante ¿Cómo determinar el grado de afectación a los derechos de los pueblos indígenas? En ese orden de ideas, este honorable Tribunal en el expediente N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 19, ha señalado lo siguiente:

"Si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos, pero frente a medidas legislativas –como por ejemplo un decreto legislativo¹– la

¹ El subrayado es nuestro.



tarea resulta sumamente complicada. Por ejemplo, puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Nativas y Campesinas (Ley N° 26505), es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos”

Sin embargo, en el caso de autos, el tipo de norma es distinta, dado que, la parte demandante está cuestionando el Decreto Legislativo N° 1079 (**MEDIDAS QUE GARANTIZAN EL PATROMONIO DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGUIDAS**), que es totalmente distinta a la anterior, dado que, esta normativa no busca regular de manera específica derechos vinculados de manera directa de las comunidades nativas e indígenas.

Tal como se puede observar de la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1079, esta norma está dirigida a establecer medidas para garantizar el patrimonio de las áreas naturales protegidas, del mismo modo, esta norma está dirigida a la protección de nuestro patrimonio, implementar nuevas estrategias para enfrentar las amenazas que afectan las áreas naturales protegidas, particularmente en lo referido a la tala ilegal.

En ese sentido, las labores de Protección de las Áreas Naturales protegidas vienen siendo realizadas por el personal asignado a dichas áreas, sin embargo existen en el marco normativo ciertas figuras jurídicas que contribuyen en forma perversa al comercio ilegal de flora y fauna silvestre.

Es por ello, que el Decreto Legislativo N° 1079 busca mejorar el marco normativo para garantizar el manejo sostenible de nuestros recursos forestales. Del mismo modo, el precitado Decreto legislativo establece principios que garantizan el Patrimonio de la Áreas Naturales Protegidas, tales como la presunción de la posición inmediata del estado sobre todos los especímenes de flora y fauna silvestre así como sus productos o sub productos, que son parte de las Áreas Naturales protegidas.

Asimismo este Decreto legislativo, establece que la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, precisándose que sin perjuicio de ello, en los casos de las Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional prevalecen las otorgadas al ministerio del Ambiente.

Es por ello, que el fin que busca el Decreto Legislativo N° 1079, no es regular específicamente a las comunidades indígenas o nativas, sino por el contrario, tiene por fin, como se puede observa de su exposición de motivos, está dirigida a la protección de nuestro patrimonio, implementar nuevas estrategias para enfrentar las amenazas que afectan las áreas naturales protegidas, particularmente en lo referido a la tala ilegal, del mismo modo el



Decreto Legislativo N° 1079 busca mejorar el marco normativo para garantizar el manejo sostenible de nuestros recursos forestales.

En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1079, tiene efectos generales en cuanto al ámbito de aplicación, dado que, no regula *in estricto sensu* o directamente a las comunidades indígenas o nativas, sino por el principio de generalidad es de aplicación en todo el espacio territorial de nuestro Estado.

En efecto una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos vinculados a la actividad agraria, y no particularmente la conducta de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos, como bien ha señalado este honorable Tribunal en el expediente 00022-2009-AI/TC, fundamento 20.

Si bien podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas, esta sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Como bien a propuesto como ejemplo este Supremo Interprete de la Constitución en el expediente precitado, respecto a la emisión del Código Civil o Código Procesal Penal, si bien, estas cuando entraron en vigencia pueden llegar afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que sólo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente estarían eximidos del proceso de consulta a los pueblos indígenas.

En ese contexto, como bien lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, que en la doctrina se pueden observar hasta tres tipos de medidas legislativas relacionadas con pueblos indígenas, **la primera**; son aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente, **segunda**; normas de alcance general que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas y **tercera**; es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiere establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica **DIRECTAMENTE** la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de consulta.

En el caso *in concreto*, **LA PARTE DEMANDANTE ESTA CUESTIONANDO, COMO LO HEMOS EXPLICADO ANTERIORMENTE, UN DECRETO LEGISLATIVO DE CARÁCTER GENERAL, ESTO ES, QUE NO ES POSIBLE IDENTIFICAR A LAS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS ESPECÍFICAS QUE DEBEN OBEDECERLAS, O AQUELLAS EN CUYO BENEFICIO HAN SIDO DICTADAS. EN CONSECUENCIA, ESTA NORMA TANPOCO DETERMINA LA UBICACIÓN GEOGRÁFICA DONDE APLICARSE.**



Respecto al artículo 15 del Convenio de la OIT, es de precisar que tal supuesto se contra *específicamente* en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la explotación y exploración de los recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se procederá a consultar a las comunidades nativas que pueden perjudicarse con tales actividades. En el caso *in concreto* Decreto Legislativo N° 1079, **NO BUSCA LA**

EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LAS TIERRAS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS, EN CONSECUENCIA LA “LA CONSULTA” QUE SE HACE A LA POBLACIÓN INDÍGENA CONFORME EL ARTÍCULO 15 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT, NO ES APLICABLE AL CASO DE AUTOS.

2.2. RESPECTO AL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL Y ÉTNICA (ARTÍCULO 2, INCISO 19 Y 89 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA).

La parte demandante, también alega en el desarrollo de su escrito de demanda, que el Estado ha violado el derecho a la identidad étnica de las comunidades indígenas y nativas con la dación del Decreto Legislativo N° 1079.

Esta parte coincide con lo dicho por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 0006-2008-PI/TC, respecto a la identidad cultural, en el sentido que, éste viene a ser especie del derecho a la identidad cultural. En ese sentido, como hemos vendido sustentando a lo largo del 2.1 del presente escrito, el Decreto Legislativo N° 1079, no regula temas específicos sobre derechos de las comunidades nativas e indígenas, sino por el contrario, es evidentemente general, ya que su fin; ésta norma está dirigida a establecer medidas para garantizar el patrimonio de las áreas naturales protegidas, del mismo modo, esta norma está dirigida a la protección de nuestro patrimonio, implementar nuevas estrategias para enfrentar las amenazas que afectan las áreas naturales protegidas, particularmente en lo referido a la tala ilegal. Del mismo modo el Decreto Legislativo N° 1079 busca mejorar el marco normativo para garantizar el manejo sostenible de nuestros recursos forestales.

En consecuencia, el derecho alegado –identidad cultural y étnica (regulado en el artículo 2 inciso 19 y el artículo 89 de la constitución Política)- por el accionante, no tiene una relación directa e indirecta con la dación del Decreto Legislativo N° 1079, en tal sentido, consideramos que este extremo de la demanda, deviene en infundado pues el Estado no violó el artículo 2 inciso 19 ni el artículo 89 de la Ley Fundamental.

2.3. RESPECTO A LAS SUPUESTAS VIOLACIONES A LAS DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

Del mismo modo, la parte demandante alega que el Estado (Ejecutivo) ha vulnerado los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración precitada en el subtítulo, con la emisión del Decreto Legislativo N° 1079.

Si bien es cierto, tal como ha dicho este honorable Tribunal en el expediente N° 00022-2009-AI/TC, que el contenido de las declaraciones, como la DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, que el contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico, sino son códigos de conducta, que representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone, por ello conllevan una gran fuerza moral en respetarlas.



Pero como ya hemos fundamentado el segundo párrafo del 2.1 de este escrito, el Poder Ejecutivo a través del Decreto Legislativo N° 1079, no regula temas específicos a comunidades internacionales, por lo tanto, el Estado no vulneró ninguna de las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En consecuencia, consideramos que este extremo de la demanda, también deviene en infundado.

2.4. LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 118, INCISO 1 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

El accionante en señala que el estado ha vulnerado "fehacientemente" el artículo 118 inciso 1 de la Ley Fundamental, con la dación del Decreto Legislativo N° 1079. La mencionada disposición constitucional señala: "Es obligación del Presidente de la República el cumplir y hacer cumplir la Constitución y los Tratados, leyes y demás disposiciones legales".

En ese orden de ideas, el Poder Ejecutivo, con la emisión del Decreto Legislativo N° 1079, tal como lo hemos demostrado a lo largo de este escrito, no ha vulnerado la Constitución Política, tampoco el Convenio 169 de la OIT, en consecuencia no se vulneró el artículo 118, inciso 1 de la Ley Fundamental.

Por lo tanto, consideramos que este extremo también deviene en infundado.

POR TODO LO EXPUESTO:

Por los argumentos fácticos y jurídicos antes esgrimidos, este Honorable Tribunal deberá DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA EN TODOS SUS EXTREMOS, en el mismo sentido, -por seguridad jurídica- al del caso "Gonzalo Tuanama Tuanama" recaído en el expediente N° 00022-2009-AI/TC, dado que, fue planteada por el mismo ciudadano, bajo los mismos argumentos y con el fin de cuestionar la constitucionalidad de un decreto legislativo, como el en caso en autos.

III. ANEXOS.

1. A. Copia simple de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 09 de junio del 2010.
2. B. Copia simple de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1079.

Miraflores, 19 de julio del 2010.



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 09 días del mes de junio de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Landa Arroyo, que se agregan.

ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1089.

DEMANDA Y CONTESTACIÓN

a) Demanda contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales

Con fecha 01 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008.

- Los demandantes refieren que “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, ésta fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
- Alegan que con dicha norma se afectan otros derechos establecidos en el Convenio N.º 169, como el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas (artículos 13 al 19), en el considerando que no se tomaron en cuenta medidas que garanticen la protección de sus derechos de propiedad y posesión. Refieren que se afecta también el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas, previsto en el artículo 17 del Convenio, que declara el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios. Por último, alegan que se estaría vulnerando lo previsto en el artículo 19 del Convenio en cuanto se afecta el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.
- Expresan que este decreto legislativo “es de espíritu inconstitucional”, ya que tiene el evidente propósito de derogar el Decreto Ley N.º 22175 y su reglamento, el Decreto Supremo 003-79-AA, dejando vigente el Decreto Legislativo N.º 667, Ley de Registro de Predios Rurales.
- Alegan además que al no haberse respetado el derecho de consulta de los pueblos indígenas se ha contravenido el artículo 118, inciso 1 de la Constitución, que obliga al Presidente de la República a cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
- Estiman, a manera de precisión, que el Decreto Legislativo ha sido promulgado en virtud de la

Ley N.º 29157, que otorgó al Ejecutivo la “Facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú- Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento”.

- Finalmente, en la sección IV de la demanda (Existencia y alcances de la infracción inconstitucional), alegan que el Decreto Legislativo N.º 1089, vulnera lo previsto en el artículo 6 inciso 1 a) y 2 del Convenio N.º 169 de la OIT (derecho al consentimiento previo, libre e informado), así como el artículo 19 de la DNUDPI. Además, sugieren que ello es una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio N.º 169, así como los artículos 70 y 88 de la Constitución.

b) Contestación de la demanda

Con fecha 19 de octubre de 2009, el Ejecutivo, a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda alegando lo siguiente:

- Explica que mediante el Decreto Legislativo N.º 1089 se ha dado un marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtenga la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra.
- Expresa que el Decreto Legislativo N.º 1089, no ha excedido el marco delegado por la Ley N.º 29157, ya que este versa sobre materias específicamente delegadas por dicha Ley autoritativa, puesto que está dirigido a la mejora del marco regulatorio y a la promoción de la inversión privada y la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos.
- De otro lado argumenta que con el Decreto Legislativo no se está derogando la Ley N.º 22175, de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, máxime si es que el decreto legislativo es de carácter temporal y que no se ha pretendido legislar sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
- Subraya por su parte, que la DNUDPI no ha sido ratificada por el Estado peruano por lo tanto no forma parte de nuestro ordenamiento al no haber sido ratificado, careciendo de efectos vinculantes al Estado peruano.
- Alude además, que el Convenio N.º 169 de la OIT no es aplicable puesto que la población peruana es predominantemente mestiza. Las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales –indígenas-, con el “desarrollo de la civilización ahora son mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de los valles interandinos de la sierra” (sic). En tal sentido, alegan que “darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaeciente en la sociedad peruana.” Sería arbitrario así, explica, que se considere a todas las comunidades como pueblos indígenas. Por tal motivo, resulta necesario una ley a fin de que se dicten los requisitos, condiciones y características que debería considerarse propios de los pueblos indígenas.
- Expresa adicionalmente que no se puede establecer la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1089, ni de ninguna otra norma legal con rango de ley por no haberse efectuado la consulta previa a los pueblos indígenas, por cuanto no existe una norma que establezca cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo que procedimiento se producirá la consulta.
- Finalmente, expresa que el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.º 1089 es una medida

de alcance general y “no vincula expresamente de manera directa a las comunidades campesinas”.
Agrega que el decreto legislativo es de carácter temporal, de lo que se debe concluir que la no realización de la consulta no implica la inconstitucionalidad de la norma.

FUNDAMENTOS

1. Como se aprecia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, los actores sostienen que la normativa cuestionada es inconstitucional debido a que fue aprobada sin que se haya realizado una consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo estipula el Convenio N.º 169 de la OIT y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Por tal motivo, a fin de resolver el caso, resulta necesario revisar algunos aspectos o elementos propios de los pueblos indígenas, así como las obligaciones establecidas en su favor por los tratados o por declaraciones internacionales.
2. Si bien en la demanda planteada se alega que los cuestionamientos contra las normas son efectuadas “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, a lo largo de la demanda existen otros argumentos que al parecer estarían cuestionando aspectos de índole material del decreto legislativo. No obstante ello, y en virtud de lo solicitado expresamente por los demandantes este Tribunal se remitirá a emitir pronunciamiento sobre la supuesta omisión del proceso de consulta.

§ I. El Estado peruano como un Estado pluricultural y pluriétnico

3. Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Así, en la STC 0042-2004-AI/TC, este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [fund. 1]. Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa.
4. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece del derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89 que establece que además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149, permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. De otro lado, se ha determinado que las tierras de las comunidades no son materia de prescripción, salvo que sean abandonadas. Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen “dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los

principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)". Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (*Weltanschauung*).

§ II. Derecho a la identidad

5. Sobre el *derecho a la identidad étnica*, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir*, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho "supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]" (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34). En la STC 03343-2007-PA/TC, este Tribunal recogió lo expuesto en la Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:

"el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa" y que tal derecho comprende: "a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]" (subrayado agregado).

§ III. Sobre la aplicabilidad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI)

6. Los demandantes han hecho una referencia directa al DUNDPI, alegando que no se han cumplido una serie mandatos contenidos en dicha declaración. De otro lado, el Ejecutivo alega que tal declaración no es aplicable en nuestro ordenamiento, puesto que no ha sido ratificada por el Estado peruano, por consiguiente, no sería aplicable al presente caso. Esta discusión hace necesario que el Tribunal Constitucional, determine cual de las soluciones propuestas es la constitucionalmente legítima.
7. Acerca de la DUNDPI, debe tenerse en cuenta que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó "La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas" con fecha 13 de septiembre de 2007, cuyo texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Dicho documento, consta de 46 artículos los cuáles establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas. Se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos

humanos en el contexto de los pueblos indígenas.

8. El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano.

§ IV. Sobre la aplicabilidad del Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

9. En el caso del Convenio N.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]”. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

§ V. Argumentos esbozados por el Ejecutivo sobre la aplicabilidad del Convenio N.º 169 de la OIT

10. El representante del Ejecutivo ha argumentado que el Convenio N.º 169 no es aplicable puesto que la mayoría de la población peruana es mestiza. Se confunde con ello el reconocimiento de cierto sector de la sociedad como Pueblo Indígena y de otro lado la vigencia del Convenio N.º 169. Como se acaba de expresar el referido tratado internacional forma parte del ordenamiento, teniendo sus mandatos rango constitucional. Aspecto distinto será el de su aplicación, esto es, determinar quiénes son los sujetos pasibles de reclamar los derechos reconocido en el tratado. El artículo 1 del citado convenio explica que el ámbito de aplicación será el referido a los Pueblos Indígenas, los cuales son definidos como aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el país o región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las fronteras estatales, que conservan sus propias costumbres instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Este tipo de datos se tendrán que determinar en cada caso en concreto, lo que no significa que el convenio no forme parte del ordenamiento jurídico nacional. Por el contrario, debe afirmarse sin lugar a dudas que la normativa del Convenio N.º 169, forma parte del parámetro constitucional, por lo que si una norma de rango inferior la contraviene esta tendría que ser declarada inconstitucional. En consecuencia, argumentaciones como las planteadas por el Ejecutivo, deben ser desestimadas.

11. De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.º 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación domestica que la desarrolle. Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino

poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada. En todo caso, este Tribunal no soslaya que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso ha aprobado la *Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT*, lo que importa un avance importante en la tutela del derecho de consulta.

12. En segundo lugar, no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derechos fundamentales a un sector de la sociedad. Más aun, en el caso de compromisos internacionales, deben tenerse presente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe." Mientras que el segundo indica que; "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.º 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada.
13. En tal sentido, la omisión en la regulación de algún mandato *ius fundamental* contenido en un tratado internacional tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él. En todo caso, frente al vacío o deficiencia de la ley los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia (art. 139, inciso 8 de la Constitución). Desde luego, ello coloca al juez que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, tendrán que configurar los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas.

§ VI. El Derecho de consulta como diálogo intercultural

14. Con el Convenio N.º 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente **con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad**. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.
15. Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas. En dicha disposición se indica lo siguiente:

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

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

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

16. De otro lado, el artículo 15 también hace referencia al derecho de consulta, sin embargo, este artículo establece la consulta para el específico caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas. De esta manera, en el punto 2 de dicho artículo se establece que:

“En caso de que pertenezcan 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 agregado).

17. El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos.

18. Por medio de tales medidas lo que se pretende es una **reivindicación en clave de inclusión** de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales.

§ VII. Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas

19. El artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja -debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos-, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada. Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N.º 26505), es

susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos. Sin embargo, existen otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo.

20. En efecto, una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.
21. En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.
22. En el caso de autos se está cuestionando un decreto legislativo que en principio contiene normas de alcance general, esto es, que no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas. Esta norma genera una obligación jurídica para la generalidad de la sociedad y el Estado sobre temas que a su vez son de alcance general. En tal sentido, luego del análisis respectivo tendrá que determinarse si es que en ellas existe normativa que afecta directamente a los pueblos indígenas.
23. Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato esta directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados.

§ VIII. El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas

24. De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.

25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

§ IX. Elementos y características del derecho de consulta

26. Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional.

a) Buena fe

27. Este Tribunal Constitucional estima que el principio de **buena fe** conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con el se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) *determinación de la afectación directa*, 2) *la consulta en sentido estricto*, y 3) *la implementación de la medida*. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas.
28. Por ejemplo, en la primera, cuando el funcionario prevea que la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe comunicársele a las entidades representativas de los pueblos indígenas. No debe tratar de impedirse o imponerse trabas que impida que dicha información sea conocida o que se concrete la consulta. El principio de transparencia obtiene un nuevo contenido en este escenario. En todo caso, frente a este tipo de contextos, los pueblos indígenas podrían utilizar las garantías judiciales pertinentes a fin de subsanar esta situación. En la segunda etapa indicada se comprende que las partes, y sobre todo el Estado, deben estar comprometidos en encontrar un consenso. Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que se recaiga en lo sustancial de la misma. Como lo explicita el artículo 6 del Convenio **la finalidad del diálogo será llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas**. Para ello se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. También debe tomarse en cuenta cuestiones relativas al clima y la accesibilidad de los miembros de los pueblos indígenas al lugar en donde se va a llevar a cabo la consulta. No debe optarse por lugares que sean de difícil acceso o que en determinada época del año sea de difícil acceso.

De otro lado, no se condice con el principio de buena fe que las entidades representativas de los pueblos indígenas se nieguen a llevar a cabo la consulta. Esta iniciativa de cerrar las puertas al diálogo y rechazar toda posibilidad de consenso no se condice con los principios del Convenio N.º 169. No obstante, las soluciones que pretendan superar esta situación tendrán que basarse en el principio de buena fe. Y es que el desafío al diálogo no debe ser refutado con respuestas sustentadas en similar criterio, sino con la legitimidad de quien cumple los principios del Estado Constitucional. En todo caso, debe tenerse en mente que cierta desconfianza puede ser comprensible debido a la situación de olvido en la que estuvieron los pueblos indígenas en el Perú, siendo marginados del desarrollo. Sin embargo, el que sea comprensible no implica que se justifique una posición como la descrita. Este tipo de situaciones por el contrario constituyen oportunidades para que el Estado se legitime y ejerza su potestad con pleno respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

29. Acerca de la última etapa, de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia.
30. Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación.

b) Flexibilidad

31. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una "manera apropiada a las circunstancias".
32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

c) Objetivo de alcanzar un acuerdo

33. Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un **verdadero diálogo intercultural**. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la

completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.

34. Puesto que el Convenio N.º 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el **Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta**. Ello desde luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas.

d) Transparencia

35. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

e) Implementación previa del proceso de consulta

36. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.

§ X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.
38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.
39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva

a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.

40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta.

§ XI. Etapas del proceso de consulta

41. Si bien el Convenio N.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:
- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
 - ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
 - iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
 - iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
 - v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena.

§ XII. Consideraciones en torno al territorio de los pueblos indígenas

42. En la segunda parte del Convenio N.º 169 se hace referencia a las tierras de los pueblos indígenas, debiendo el Estado parte tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que estos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Se establece así en su artículo 15 que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos se verían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se establecen también, disposiciones que establecen la indemnización a la cual serán acreedores aquellos pueblos que hayan sido trasladados o reubicados por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido.

43. En la demanda y en la contestación se ha hecho referencias al territorio que ocupan los pueblos indígenas. Este sería uno de los puntos que los demandantes alegan que es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Es decir, de acuerdo a los demandantes, las medidas legislativas serían susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas sobre todo en materia relativa a la posesión y propiedad de sus tierras. Por ello debe tenerse presente algunas consideraciones entorno a este tema. Así, como elemento característico que configura la concepción de la tierra de los pueblos indígenas, debe observarse el artículo 13 del Convenio N.º 169 de la OIT que establece que los gobiernos deben respetar la importancia que las culturas y los valores de su relación con sus tierras o territorios. En el inciso 2, de dicho artículo se establece que la utilización del término "tierras" deberá incluir el concepto de "territorios", esto, debido a la importancia que los pueblos indígenas le dan a los territorios en donde habitan, situación que no pasó inadvertida por el constituyente que estableció en el artículo 89 de la Constitución de 1993, la autonomía en el uso y la libre disposición de sus tierras, siendo la propiedad de estas imprescriptible, "salvo en el caso de abandono" previsto en el artículo 88.

§ XIII. Sobre la obligación del Estado de delimitar los territorios indígenas

44. Por lo expuesto, es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuales son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las "reglas de juego" las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso.

§ XIV. El abandono de las tierras indígenas

45. Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de razonabilidad. El artículo 89 de la Constitución debe interpretarse dentro del resto de enunciados constitucionales y del Convenio N.º 169. Así, en virtud del principio de *unidad de la Constitución* y el *principio de unidad integradora*, desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal [Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, f. 12], el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres.
46. De tal manera, frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan. Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.º 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

§ XV. Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre territorio indígena

47. De acuerdo a lo estipulado en el artículo V del Código Procesal Constitucional el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos. De ahí la importancia de las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, para la labor que realiza este Tribunal Constitucional. Dicho artículo, que en realidad es la consolidación de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, que se originó en la sentencia del Expediente N.º 00218-2002-HC/TC (fundamento 2), ha sido desarrollado por este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 007-2007-PI/TC, expresando que: “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso” En tal sentido, a continuación se procederá a presentar algunos de los criterios más importantes que la Corte ha vertido en materia relativa a la protección del territorio indígena.
48. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en opinión que este Tribunal comparte, que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras” [*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrafo 131]. De esta forma, se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y “con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” [párrafo 146].
49. Es también útil recordar que previamente a la sentencia referida, en la sentencia del *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, se subrayó la tradición comunitaria de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Se indicó así que la “pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.” Se resaltó además que para los pueblos indígenas “la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” [párrafo 149].
50. También es importante tener presente las posturas respecto a la relación existente entre la posición y la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. La Corte ha sintetizado su posición sobre este tema en la sentencia del *Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, concluyendo en su párrafo 128 lo siguiente:
- “1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.”
51. Lo expuesto no significa que se esté frente a un derecho absoluto. Como es conocido los derechos interactúan entre sí y también con otros bienes jurídicos constitucionales, debiendo ponderarse cada uno de ellos en casos de colisión. Como se aprecia en el punto 3 del párrafo citado, se considera la adquisición de la propiedad de buena fe, siendo factible que el Estado indemnice a los pueblos indígenas que hayan sido afectados por tal enajenación. Todo ello no

significa que este tipo de medidas deban ser moneda común, sino más bien excepcional, de lo contrario se generaría una sospecha que podría desvirtuar la buena fe y de este modo afectar la propia transferencia del inmueble. De igual forma, el artículo 70 de la Constitución establece que en virtud de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago efectivo de una indemnización (que incluya compensación por eventual perjuicio) es factible la expropiación. Tal situación tampoco debe ser considerada como una opción inicial, debiendo ser por el contrario la excepción.

§ XVI. La coparticipación de la riqueza. La indemnización como beneficio compartido.

52. Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. **Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos.** De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre.
53. El esquema de apertura para inversión no es contrario a los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos y el bienestar común. Evidentemente alcanzar tal equilibrio no es consecuencia de un solo acto o de la labor de una sola entidad pública sino del Estado en su conjunto, esto es, a partir de una política de Estado que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común.

§ XVII. Análisis de la norma cuestionada

54. La norma cuestionada establece el marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización y titulación de predios rurales, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtengan la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra. Así, el Decreto Legislativo N.º 1089 declara de interés público la formalización y titulación de los predios rústicos y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional por un período de 4 años contados a partir de la vigencia de tal decreto legislativo. Tal como se aprecia en la exposición de motivos, con el decreto legislativo se pretende establecer un régimen extraordinario de formalización, facultando al Organismo de Formalización de Propiedad Informal -COFOPRI- a que ejecute procesos de formalización y titulación masivos de propiedad rural de manera directa, rápida, simplificada y segura.
55. Sin embargo, en la propia exposición de motivos de la norma se declara de interés público nacional no solo la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, sino también a las Comunidades Campesinas y Nativas. Esta referencia no fue incluida en el decreto legislativo, generando con ello cierta confusión. Y es que si bien en la norma no se hace referencia específica a las tierras de los pueblos indígenas, tampoco son materia de exclusión de los alcances de la norma. En el segundo párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo se establece que únicamente están excluidos los predios que se encuentran comprendidos en procesos de inversión privada y los declarados de interés nacional. Lo expuesto es relevante porque podría significar la afectación directa de los derechos de los pueblos indígenas, esto es, una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica

de los pueblos indígenas y sus integrantes. Por el contrario, si es que no se determina tal relación de afectación, entonces no sería necesario llevar a cabo la consulta y la presente demanda devendría en infundada.

56. En virtud del principio de conservación de la ley -que exige al juez constitucional "salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada [STC 004-2004-CC/TC, fund, 3.3]- debe ponderarse la interpretación de la norma. Y es que la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra disposición o interpretación factible. Por consiguiente, observándose que la norma bajo cuestionamiento permite interpretar que los alcances de su articulado excluyen a los Pueblos Indígenas, es de esta manera en que debe ser comprendida o interpretada la norma. En este sentido, y solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre los Pueblos Indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta.
57. Al respecto, es de considerar que el propio Ejecutivo así lo ha interpretado. Y es que el Decreto Supremo N.º 032-2008-VIVIENDA -que reglamenta la norma cuestionada-, en el artículo 3, numeral 1, establece el ámbito de aplicación de la norma, no siendo aplicables los procedimientos establecidos a los territorios de comunidades campesinas y nativas. De igual forma, el artículo 15, establece que el diagnóstico físico legal de la unidad territorial será elaborado y suscrito por un abogado y un ingeniero en ciencias agrarias, debiendo contener, entre otros aspectos, la identificación del territorio de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, inscritas o no, a efectos de garantizar que no se aplique sobre dicho territorio los procedimientos previstos en dicho Reglamento. En el artículo 77 también se aprecia que las disposiciones establecidas sobre tolerancias registrales permisibles, no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas. Y en el artículo 79 se establece que las disposiciones establecidas sobre rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas.
58. Como se aprecia, el reglamento especifica que el presente decreto legislativo no es aplicable al ámbito de los territorios de los pueblos indígenas. Esta exclusión debe entenderse que alcanza a los territorios de los pueblos indígenas que cuenten con o sin reconocimiento. En estos últimos casos, en todo caso, las partes tienen el legítimo derecho para iniciar las acciones legales a fin de subsanar la situación generada. Es de precisar que ello no implica que se esté frente a una inaplicación de los alcances de una norma de rango legal, sobre la base de un decreto supremo. Se trata más bien de la propia interpretación del decreto legislativo de conformidad con la Constitución. Así, lo relacionado con la delimitación del territorio de los pueblos indígenas es ordenado legalmente por las normas específicas sobre la materia. En tal sentido, este Tribunal considera que al no haberse determinado que las normas del presente decreto legislativo sean *susceptibles de afectar directamente* a los pueblos indígenas, al no ser los pueblos indígenas sujetos pasivos de la norma, no resulta necesario llevar a cabo el proceso de consulta. Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada por no haberse vulnerado el derecho de consulta con el Decreto Legislativo N.º 1089.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.
2. **INTERPRETAR** el Decreto Legislativo N.º 1089 de conformidad con el fundamento 57 de la

presente sentencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 00022-2009-PI/TC
LIMA
GONZALO TUANAMA
TUANAMA Y MÁS
DE 5,000 CIUDADANOS**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Llega a esta sede la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008, cuestionándose principalmente que la norma cuestionada ha sido emitida sin que se lleve a cabo la consulta previa e informada a los pueblos indígenas, conforme lo dispone el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral establecido en los artículos 6, 15 y 17 del mencionado convenio, y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Asimismo refieren que con la normatividad cuestionada se le está vulnerando el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas, el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas y el desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.

Finalmente sugieren los demandantes que ello es una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio N° 169 de la OIT, así como los artículos 70° y 88° de la Constitución Política del Perú

2. El Poder Ejecutivo a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda señalando principalmente que el decreto cuestionado se he emitido para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores formalicen su situación y en consecuencia obtengan la titularidad sobre sus predios rurales y su acceso a la formalidad. Asimismo refiere que la delegación otorgada no ha sido excedida puesto que se busca la mejora del marco regulatorio y la promoción de la inversión privada y la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos. Agregan que el decreto legislativo cuestionado no está derogando la Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, no sólo porque el decreto es de carácter temporal sino que no se está afectando de manera alguna los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

3. La Constitución Política del Perú en su artículo 89° reconoce que *“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 la 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.” (RESALTADO NUESTRO)

4. Es así que el Estado por medio de su Carta Constitucional reconoce su diversidad pluricultural y étnica, por lo que en respeto al principio-derecho de dignidad de la persona humana, del cual se desprenden los otros derechos fundamentales de la persona humana, debe tutelar diversas formas de concebir el mundo, es decir la cosmovisión que tienen de lo que los rodea. Es necesario mencionar que muchos de los Estados y la definición de sus territorios han sido producto de luchas entre países, por lo que las conquistas han traído como consecuencias pluralidad de naciones dentro un mismo Estado. Es así que encontramos diversas manifestaciones culturales, exteriorizadas en singulares formas de convivencia, por lo que el

Estado, tras largas luchas por la defensa de derechos fundamentales, se ha visto en la obligación no sólo de respetar dichas formas de convivencia sino de buscar mecanismos tendientes a garantizar que éstas comunidades subsistan, claro está todo dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales.

5. En esta línea a los pueblos indígenas se les ha reconocido una serie de derechos fundamentales a fin de proteger su etnia, sus costumbres, sus usos, etc, por lo que al existir un reconocimiento constitucional, éstos quedan facultados para reclamar judicialmente el respeto de dichos derechos. En conclusión, el Estado, en su función pacificadora, debe respetar y garantizar los derechos fundamentales de las diversas manifestaciones culturales, reconociéndole su identidad étnica y su arraigo con la comunidad en la que se desarrollan sus integrantes.
6. Asimismo encontramos el Convenio N° 169 de la OIT, brindando un soporte a la normatividad constitucional nacional, de manera que la interpretación que se realice respecto a la normativa constitucional no puede ser contraria a la interpretación que realizan los instrumentos internacionales. Lo vertido en el mencionado convenio es de suma importancia puesto que reconoce y brinda protección a los pueblos indígenas, señalando principalmente que *“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;”*
7. En tal sentido queda claro que existe protección constitucional e internacional respecto a la protección de los pueblos indígenas. En este contexto uno de los derechos que se les reconoce a éstos es el derecho de consulta, de manera que el Estado se ponga en contacto directo con estos pueblos verificando la existencia —como se denomina en el proyecto en mayoría— de un dialogo intercultural, buscando recoger versiones tendientes a coadyuvar al Estado en su función de protección ante alguna medida que afecte directamente su desarrollo y vivencias. Es así que debe determinarse qué medida, tanto legislativa como administrativa, debe ser pasible de reputarse como inconstitucional o ilegal por afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas, de manera que no se cuestione cualquier medida asumida por un ente estatal con la simple argumentación de afectación de derechos, ya que es necesario que exista un agravio real y concreto expresado en un acto ilegal que vulnera derechos fundamentales. Es así que se exige que el cuestionamiento que se realice a una norma a fin de denunciarla de atentatoria de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, debe de contener los argumentos tendientes a expresar de qué forma la medida legislativa, por ejemplo, le está afectando sus derechos, debiendo evidenciar de sus argumentos que la afectación debe ser a un aspecto relevante de la comunidad y no un aspecto que puede resultar hasta insustancial o irrelevante.
8. Es así que encontramos en el proyecto en mayoría la referencia al derecho al veto, expresando *la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. (...) Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto.* Es así que se establece la obligatoriedad de que se realice el proceso de consulta, pero sin que ello implique de ninguna manera el derecho al veto por parte de los pueblos indígenas. Respecto a ello considero necesario expresar que dicha afirmación de ninguna manera puede significar que el Estado realice la consulta respecto de una medida que afecte directamente a las comunidades sólo por mero formalismo, sino que dicho derecho sea ejercido a cabalidad, siendo obligación del Estado brindar los mecanismos, legales o administrativos, de manera que el proceso de consulta se lleve con eficacia. Qué pretendo señalar con esto?, que se evite una actitud estatal que traduzca el derecho de consulta en *un saludo a la bandera* y no sólo simple obligación Estatal. Es en tal sentido que el señalar a rajatabla que los pueblos indígenas no tienen derecho a veto puede implicar que la balanza se vea inclinada a favor del Estado, puesto que por mero cumplimiento realizarían el procedimiento de consulta, sin que finalmente se

lleve a cabo el objetivo constitucional establecido, como es el dialogo intercultural y la función pacificadora. Por ello es necesario que se establezcan mecanismos tendientes al aseguramiento de que la exigencia de la consulta se lleve a cabo a cabalidad, verificándose debidamente i) la existencia del dialogo entre las partes, ii) cuáles son las objeciones u observaciones ante la medida a implementarse, iii) si las objeciones u observaciones son razonables y iv) si el Estado analizó, evaluó y, de ser estrictamente necesario, si asumió la observación realizada, debiendo fundamentar su decisión, ya sea para dar una negativa o para adoptar alguna medida como consecuencia a la observación hecha. Todo ello debe ser estrictamente requerido y sustentado, de manera que se busque la eficacia del proceso de consulta, verificándose que el Estado adopte todos los mecanismos idóneos para que el procedimiento señalado no sea sólo un mero formalismo, vaciando de contenido al derecho de consulta.

9. En conclusión no puede existir el derecho al veto en la forma como suele considerarse, es decir como necesario rechazo a la medida que el ente estatal pudiera dar, porque es éste a través de sus gobiernos de turno el llamado a fijar las políticas en las materias que le conciernen como gobernante sin dejar la posibilidad de que cada vez que un pueblo denominado indígena no está de acuerdo con alguna medida dictada por el Ejecutivo pueda con su simple expresión prohibir la ejecución de lo ya decidido.
10. Con lo expuesto sólo pretendo de que el derecho de consulta sea ejercido a cabalidad, buscando la intervención activa de las partes, de manera que no se produzcan posiciones abusivas por ninguna de ellas. Con ello no quiero expresar una posición parcializada en defensa de las comunidades nativas sino la eficacia del procedimiento de consulta que involucra a ambas partes, las que deben actuar bajo el principio de buena fe.
11. Es así que concuerdo con el proyecto en mayoría, puesto que se cuestiona una norma que, primero, es de carácter general, es decir no está dirigida específicamente a los pueblos indígenas sino a los que se encuentren en dichas circunstancias; y segundo, que si bien en el Decreto Legislativo cuestionado en su contenido no indica que la disposición no es aplicable a los territorios de los pueblos indígenas, en su Reglamento sí se realiza dicha especificación, por lo que la norma debe de interpretarse en ese sentido.
12. Finalmente debo expresar que no estoy de acuerdo con la referencia que se hace en el proyecto en mayoría respecto a la figura de la expropiación, puesto que no es materia que deba ser objeto de mención en el caso de autos

Mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, debiéndose interpretar dicha norma de acuerdo a lo expresado en el fundamento 11.

Sr.
VERGARA GOTELLI.

EXP. N.º 0022-2009-PI/TC
LIMA
GONZALO TUANAMA
TUANAMA Y MÁS
DE 5000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Con el debido respeto de los magistrados, emito el presente fundamento de voto en base a los siguientes argumentos:

1. Con fecha 1 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008. Alegan que esta norma fue promulgada sin efectuar la consulta previa e informada a los pueblos indígenas, como ordena el Convenio 169 de la OIT, afectándose el derecho a la consulta previa e informada, el derecho colectivo a la territorio, la libre determinación de los pueblos indígenas, el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios y el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas. Asimismo, refiere que no se ha tomado en consideración la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes

2. El Convenio 107 de la OIT parte de la idea de que es “la promoción de mejores condiciones sociales y económicas para los pueblos indígenas en general (el objetivo), pero dentro de un esquema que no parece un futuro para formas culturales y asociativas indígenas permanentes y políticamente significativas”, además este Convenio se concibe “en función de los miembros de las poblaciones indígenas y sus derechos como individuos en pie de igualdad en relación con la sociedad en su conjunto”. Asimismo, si bien este Convenio reconoce “el derecho consuetudinario indígena y el derecho a la propiedad comunal de la tierra. Este reconocimiento, tiene un carácter transitorio y se ve eclipsado por una persistente deferencia e incluso preferencia por programas nacionales de integración y asimilación no coercitivas.”^[1]
3. Por el contrario, el Convenio 169, fruto de la revisión del Convenio 107 de 1957, significa un

profundo cambio en la política de la comunidad internacional referidas sobre todo a los conceptos de la *integración y asimilación* que era parte fundamental del Convenio 107, por tanto la idea básica se centra en superar estas concepciones *anacrónicas*, y plantear como idea básica el reconocimiento de las “aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco del Estado en que viven;” [2]

4. Nuestro país conciente de la importancia de este Convenio y considerando la riqueza cultural y vulnerabilidad de los pueblos indígenas en el Perú, aprobó mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
5. Al respecto, este Colegiado al interpretar la Constitución ha establecido que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y además ostentan rango constitucional, [3] por tanto el Convenio 169 de la OIT complementa normativa e interpretativamente las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas.
6. A su turno, “el Comité de Derechos Humanos ha enfatizado que la norma de la integridad cultural incluida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos requiere la participación efectiva de los pueblos indígenas con respecto a las decisiones que les pueda afectar colectivamente, incluidas las decisiones que puedan afectar a sus vínculos culturales con la tierra y los recursos naturales.” [4]
7. Por otro lado, es necesario precisar que no es factible apelar a la ausencia de regulación legal del derecho de consulta por parte del Estado peruano para incumplir sus disposiciones, esta omisión de ninguna manera puede significar el incumplimiento y vigencia de los derechos fundamentales en general, lo contrario significaría entender que del legislador depende la eficacia de los derechos humanos

El derecho de consulta en el Convenio 169

8. El derecho de consulta como expresión del *autogobierno*, y éste a su vez de la autodeterminación de los pueblos indígenas, reconoce su participación efectiva y libre en las esferas de decisión que les afecte, es decir, tiene como objetivo asegurar su participación en todos los niveles en la adopción de decisiones dentro de un diálogo intercultural. Así, el derecho de consulta se fundamenta en el derecho a que los pueblos indígenas establezcan libremente sus prioridades de desarrollo, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas que les afecten.
9. A este respecto, y a fin de garantizar plenamente este derecho fundamental, el Estado asume la responsabilidad de agotar todos los mecanismos posibles de diálogo a fin de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas sobre las medidas en general que puedan afectarles, es decir, no basta con la formalidad de realizar el procedimiento de consulta o realizar un procedimiento meramente informativo sino de materialmente sea un auténtico procedimiento de diálogo y que incluso pueda desembocar en un procedimiento de negociación. Por tanto, las medidas de *desarrollo* deben ser en lo posible y, agotando todas las vías instrumentales para llegar al consentimiento, fruto del diálogo intercultural y dentro de los principios que rigen el Estado Democrático y Social de Derecho.
10. Por otro lado, a fin de garantizar este derecho es necesario establecer mecanismos instrumentales o procedimentales de tal manera que conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir efectivamente en las decisiones que los afecten, de buena fe y de una manera apropiada a las

sociales y costumbres propias, y patrones culturales y modos de vida.

Asimismo, respecto a la *decisión final* sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente, la misma que debe ser motivada, evaluando los puntos de vista, sugerencia y recomendaciones planteados pro los pueblos

[6]
indígenas

La jurisdicción constitucional y la función pacificadora

16. Este Tribunal, con relación a la Constitución, ha tenido la ocasión de manifestar que la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano *neutro*, sino, por el contrario, como su principal promotor. Así, siendo la Constitución una norma fundamental abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPConst., un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance

[7]
subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. En tal sentido, los procesos constitucionales gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar y defender el orden público constitucional, expresado en que el Estado se disgrega en múltiples centros de poder equilibrados.

17. Asimismo, este Colegiado ha resaltado que sus funciones en un Estado Democrático son tres, a saber: a) la valoración de la norma sometida a control constitucional, b) la labor de pacificación, pues debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso presentado, y c) la labor de ordenación, en el sentido de que tiene una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho -en

[8]
especial sobre los órganos jurisdiccionales-, y sobre los ciudadanos en general.

18. Por tanto, teniendo en consideración la función pacificadora del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción constitucional en general, y considerando que el proyecto de sentencia de la ponencia declara infundada la demanda, no viene al caso y no es necesario para resolver la controversia, que se incluya en el fundamento 24 y 25, que el derecho de consulta no implica un derecho de veto, más aún si el pleno del Congreso de la República al aprobar el Dictamen del Texto Sustitutorio de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, de la Comisión de Constitución y Reglamento, haya excluido estos términos por

[9]
considerar que no generaba consenso entre los actores y por tanto no conducía a un diálogo.

De igual manera, en los fundamentos 44 a 53 se hace referencia a aspectos que no trascienden en la resolución de la controversia y que, por el contrario, podría significar un innecesario cuestionamiento de las mismas, toda vez que se hace referencia a la *apertura del mercado para la procura del bien común*, al abandono de la tierras y el uso que debería darles el Estado, la posesión, la indemnización en caso de expropiación, el esquema de apertura para la *inversión*, entre otros. Más aun considerando que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones “insta al Gobierno a que tome todas las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, inclusive a través del acceso efectivo a procedimientos

[10]
adecuados para solucionar sus reivindicaciones de tierras”

19. Asimismo, es necesario precisar que el procedimiento establecido en el reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado por

Decreto Supremo N.º 012-2008-EM es insuficiente al no contener las garantías establecidas en el Convenio 169 de la OIT. Por otro lado, al establecer criterios sobre la procedencia del proceso de amparo para la tutela del derecho de consulta debe considerarse la situación de exclusión y vulnerabilidad de los Pueblos Indígenas, a fin de superar la relación de asimetría con el Estado y otros grupos, por tanto es menester resaltar que la carga de la prueba en los procesos de amparo en muchos casos incluso tendría que invertirse para superar estas asimetrías y hacer efectivo el Convenio 169 de la OIT considerando su aplicación al caso concreto.

20. Por ello, estimo que es necesario, en virtud de la facultad pacificadora, buscar en la medida de lo posible y dentro de nuestras competencias coadyuvar en el diálogo intercultural buscando reunir esfuerzos para lograr la implementación apropiada de este derecho fundamental, a fin de que los derechos y prioridades de desarrollo de los Pueblos Indígenas sean tomadas en consideración dentro de un marco de diálogo propio de un Estado Democrático y Social de Derecho, de cuya efectividad va a depender la reducción de la conflictividad social en el Perú que lamentablemente ha sucedido en estos últimos años.

Análisis del caso concreto

21. En tal sentido, considerando que en el presente caso se impugna El Decreto Legislativo N.º 1089, que declara de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional por un periodo de 4 años, a partir de su vigencia, por vulnerar el derecho de consulta previa reconocido en el Convenio 169, la controversia radica en determinar si este decreto va a afectar el estatus jurídico de la propiedad de los Pueblos Indígenas y de ser así, considerando que no se realizó el procedimiento de consulta previa, declarar la inconstitucional del referido decreto y expulsarlo del ordenamiento jurídico o, de lo contrario, su conformidad constitucional.

[11]

22. Al respecto, en la exposición de motivos del citado decreto, se establece que: “1. declárese de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos, tierras eriazas habilitadas, **así como de Comunidades Campesinas y Nativas**, a nivel nacional y se establece un régimen temporal y extraordinario de 4 años (...);” pero, por otro lado, en el Decreto Supremo N.º 032-2008-Vivienda, Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1089, se establece en el artículo 3 que: “Los procedimientos establecidos en el presente Reglamento, sobre formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas en propiedad del Estado, de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio en predios rústicos, de reversión de predios rústicos adjudicados a título oneroso ocupados por asentamientos humanos, no serán aplicables en:

1) Los territorios de Comunidades Campesinas y Nativas; (...)”

23. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que en virtud del principio de conservación de la ley, es obligación del Juez constitucional “salvar” hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de la ley impugnada.

24. En tal sentido, considerando que la Constitución en el artículo 89 ha establecido un régimen especial sobre la propiedad de las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas, en vista de la naturaleza y trascendencia que tiene, en un país multicultural y diverso como el nuestro, otorgándole incluso la imprescriptibilidad de éstas, salvo en caso de abandono; consecuentemente para el desarrollo o regulación de los alcances de la propiedad *comunal* es necesario de una Ley especial. Por tanto, el Decreto Legislativo N.º 1089 que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, si bien tiene alcance nacional, no ha establecido expresamente la afectación a la propiedad *comunal* (indígena y campesina), porque para ello sería necesario de una Ley Orgánica; entonces se entiende que dicho decreto no afecta a los Pueblos Indígenas.

25. Por lo tanto, este Decreto Legislativo sólo puede ser interpretado de forma tal que la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas a nivel nacional, no afecte o incida directamente en los derechos de los Pueblos Indígenas modificando su situación jurídica, porque de lo contrario su inconstitucionalidad sería a todas luces evidente. Es por este motivo que el Decreto Supremo N.º 032-2008-Vivienda, ha excluido a los Pueblos Indígenas de la regulación extraordinaria de la propiedad de formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas y si bien en la exposición de motivos hubo intención de *regular* de alguna manera la situación jurídica de la propiedad de los Pueblos Indígenas, ha incurrido en error.

26. Por lo tanto, considero que no se ha vulnerado el derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas, porque el Decreto Legislativo N.º 1089 no afecta a los Pueblos Indígenas, conforme a la interpretación realizada.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

S.

LANDA ARROYO

- [1] Anaya, James "Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional", Trotta Madrid 2005 Pag. 90
- [2] Convenio 169, preámbulo, párrafo 5.
- [3] STC 0025-2005-PI/TC
- [4] Anaya James, "Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional. Ed. Trotta. Madrid 2005 pag. 237.
- [5] Ib. pag. 244.
- [6] Texto Sustitutorio de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.
- [7] STC 0005-2005-CC/TC FJ 4
- [8] STC N.º 0054-2004-AI / TC FJ 16.
- [9] <http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20100520/9/pagina/15>
- [10] Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación, CEACR/80º reunión (publicación febrero de 2010)
- [11] Este texto no fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, fue enviado por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio N.º 650-2008-DP/SCM. Nota incluida en la Exposición en el SPIJ.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Hoy en día, el financiamiento que los pequeños productores agrarios reciben de la banca formal, es decir de las entidades financieras supervisadas, es limitado. Esta limitación obedece a múltiples factores. Desde las propias características de la actividad agropecuaria, hasta los niveles de pobreza de las zonas rurales, pasando por la desintegración de los circuitos productivos y comerciales de los agricultores.

Los factores que originan restricciones en la colocación de fondos son, pues, variados. Pero estas restricciones no vienen únicamente del lado de la oferta de recursos, esto es, del lado de quienes están dispuestos a prestar dinero a los agricultores. También provienen de la demanda de fondos. Es decir, existen productores agrarios con capacidad de pago que se autolimitan para intervenir en el mercado de crédito y que, pudiendo acceder a un crédito formal, deciden no solicitarlo. Son los agricultores a los que la literatura económica denomina "autorracionados".

En el caso de los medianos y pequeños productores las causas del limitado financiamiento vienen asociadas a los activos que éstos tienen o producen, a los costos de transacción y a la información asimétrica que existe en la propia actividad y también a factores estructurales del sistema como, por ejemplo, el *enforcement* judicial o factores de coyuntura, como el crecimiento y desarrollo de ciertas actividades económicas.

En lo que se refiere a los activos, el principal problema se encuentra relacionado con la carencia de bienes que los agricultores pueden ofrecer como colateral de sus créditos. Esta carencia implica no sólo la ausencia de bienes significativos que los productores pueden entregar en garantía a los intermediarios financieros, sino también la falta de titulación de dichos activos o la posesión de activos que tienen mercados poco líquidos o atractivos.

La titulación y registro pueden ayudar no sólo a un mejor desarrollo y funcionamiento del mercado de tierras sino también a capitalizar a los agricultores, pues estos mecanismos proporcionan los incentivos necesarios para que los productores inviertan en sus activos al tener la seguridad de que pueden apropiarse de los retornos o beneficios que se generen a través de ellos y permiten, igualmente, al agricultor acceder al mercado de créditos al tener un bien que puede ofrecer como garantía a los proveedores de fondos.

Pero la titulación y registro de la propiedad no es suficiente. Las limitaciones para el acceso al crédito también vienen del lado de la extensión o tamaño de la propiedad, pues para la banca formal no resulta atractivo tomar como garantía predios de extensiones pequeñas, por las restricciones a la venta que podría enfrentar. A mayor tamaño de la propiedad mayores son las posibilidades de recibir financiamiento de la banca formal porque más líquido resulta el mercado secundario de esas tierras.

Vinculada también con los activos se encuentra la propia aversión de los agricultores para constituir garantías sobre bienes que constituyen su principal activo productivo. Dicho en otras palabras, siendo la tierra el mayor activo de subsistencia de los pequeños productores, existe reticencia de éstos a ofrecerla como colateral porque tienen miedo a perderlo todo.

Del lado de los activos que los agricultores producen, resulta relevante, para la oferta de financiamiento, el mercado que dichos activos puedan tener, pues la capacidad de pago del agricultor depende de los flujos que éste se encuentre en posibilidad de generar. Mientras más constantes y predecibles resulten dichos flujos mayores serán los incentivos que los intermediarios formales tendrán para colocar créditos en este segmento. No son raras, por lo tanto, prácticas que apunten a la colocación de fondos en productores que trabajan con cierto tipo de cultivos predefinidos, que tienen mercados más o menos seguros y con precios hasta cierto punto estables y atractivos.

Otra razón importante a considerar para explicar la tímida expansión del crédito agropecuario formal son los altos costos de transacción que enfrentan los pequeños productores para acceder al financiamiento, costos que tienen que ver no sólo con la constitución de garantías, las verificaciones domiciliarias y demás trámites relacionados con el proceso de otorgamiento y desembolso de un crédito sino también con el limitado acceso a información sobre la operatividad



del sistema financiero que tienen los pobladores de las zonas rurales. No existe una educación financiera de dichos pobladores y, por lo tanto, existe desinformación sobre los mecanismos y operaciones de la banca formal y, aun, de la terminología mínima o básica que ésta emplea. Todo ello hace que los costos de los pequeños productores para acceder al financiamiento resulten prohibitivos en comparación con los montos que suele demandar este segmento. Así, mientras mayores sean los costos de transacción que involucre el financiamiento menores serán los incentivos que tendrán los pequeños productores para solicitar el crédito.

Pero estos costos no sólo tienen relación con los productores. También resultan relevantes para los intermediarios formales, ya que al no existir una "cultura del crédito formal en el campo" no existe suficiente difusión de información sobre el comportamiento de pago de los agricultores que permita capitalizar su reputación como pagadores y, por lo tanto, abaratar los costos para acceder a nuevos financiamientos, incluso de otra naturaleza y de mayor volumen. Los problemas para que los pequeños productores puedan acceder al crédito se agravan, precisamente porque esa asimetría en la información desincentiva a la banca formal para entregar créditos o encarece el costo del financiamiento que ésta se encuentra dispuesta a otorgar.

A lo señalado anteriormente se agregan otros factores, como por ejemplo, las limitaciones del sistema judicial para ejecutar rápidamente las garantías, la inestabilidad de los precios en el mercado de algunos productos agropecuarios y la existencia de otros sectores de la economía más atractivos para la colocación de créditos por parte de la banca formal.

Todas estas limitaciones para el acceso al crédito por parte de los productores agrarios afectan sin duda alguna su capacidad para competir, dejándoles como principal alternativa el financiamiento que les otorga el sector "informal", desde los proveedores de insumos que otorgan financiamiento para la compra de productos, hasta las organizaciones no gubernamentales, pasando por las empresas agroindustriales que otorgan adelantos sobre cosechas, incluyendo el segmento de los agricultores que únicamente trabajan con créditos familiares y cuya capacidad productiva, por consiguiente, se ve limitada a la disponibilidad de este tipo de financiamiento y a su reducido volumen.

Si bien el reciente desarrollo de las microfinanzas ha permitido ampliar la oferta de crédito para los sectores económicamente más deprimidos, aun no se han cubierto las necesidades de financiamiento de los agricultores, en especial de la pequeña agricultura, motivo por el cual se hace necesario generar las condiciones que permitan ampliar la gama de productos financieros a los que puedan acceder éstos.

En ese sentido se expide el presente Decreto Legislativo para promover la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural con la finalidad de ampliar el acceso al crédito agrario y fomentar la competitividad, la reconversión y la modernización del Sector Agrario. La norma busca, así, incentivar la capitalización de los pequeños productores agrarios, en torno a tres grandes ejes: la organización de los agricultores, el fomento al crédito regional y local y la consolidación de la propiedad.

En lo que se refiere a la organización, el Decreto Legislativo prevé la conformación de lo que denomina "Entidades Asociativas Agrarias" (EAA) como una nueva modalidad asociativa de los productores agrarios a la que, por efecto de esta norma, se le dota de personalidad jurídica únicamente para efectos de la celebración de contratos de financiamiento y de garantía así como de los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con dichos contratos, permitiendo que las empresas del sistema financiero nacional que otorguen crédito a las EAA las consideren como sujeto de crédito, distinto de sus integrantes.

La EAA se define como la organización de productores agrarios que se encuentra conformada: (i) por dos (02) o más productores agrarios que desarrollan actividad agraria o pecuaria en veinte (20) o más hectáreas de tierras; o, (ii) por diez (10) o más productores agrarios, independientemente de la extensión de las tierras en las que desarrollen dichas actividades. Para la conformación de las EAA sólo se requiere de la celebración de un contrato en el que deben identificarse: (a) los bienes que los miembros de la entidad afectarán para el cumplimiento de los fines de ésta; (b) las obligaciones de las partes; y (c) la persona natural o jurídica que la representará para los efectos de la celebración de los contratos de crédito y garantía. El contrato debe constar por escrito e inscribirse en el Registro de EAA que tendrá a su cargo el Ministerio de Agricultura, bajo sanción de nulidad. Esto a fin de permitir que los que contraten con una EAA en el ámbito de la presente



norma puedan contar con un mecanismo que les permita cerciorarse de que su contraparte tiene efectivamente tal calidad.

Lo que se busca con el reconocimiento de esta nueva forma de organización es promover el otorgamiento de créditos al sector agropecuario reduciendo los costos de transacción tanto desde el punto de vista del intermediario o proveedor de fondos como del prestatario. Desde la perspectiva de los productores agrarios, esta modalidad permitirá la optimización de las condiciones de negociación frente a los intermediarios y también dispersar el riesgo de los activos, disminuyendo la incidencia de cada agricultor en la garantía.

Este esquema posibilitará, igualmente, un acceso más fluido al mercado financiero porque la asociación de productores facilitará reducir la asimetría de información que limita la oferta de la banca formal. La norma incluso estipula que las personas que conformen las EAA serán solidariamente responsables por las obligaciones que dichas entidades contraigan en los actos y contratos que la EAA celebre. Desde el punto de vista de los agricultores permitirá también fomentar las sinergias de grupo y crear conciencia respecto de los beneficios de la asociatividad para potenciar sus recursos técnicos y económicos, a fin de permitirles mayor acceso a infraestructura, maquinarias y equipos.

El Decreto Legislativo también contempla la autorización a los Gobiernos Regionales para que constituyan fideicomisos con la finalidad de garantizar el financiamiento que se otorgue a los productores agrarios. Con tal propósito se les permite destinar para la constitución de dichos fideicomisos hasta por un monto de S/.5 000 000,00 (Cinco millones y 00/100 nuevos soles). La norma permite que cualquier persona natural o jurídica, pública o privada pueda realizar aportes al patrimonio fideicometido. La idea es contribuir a la difusión del crédito agropecuario a nivel regional y local.

Otro aspecto importante es la creación mediante este Decreto Legislativo del Fondo de Apoyo a la Consolidación de la Propiedad Rural con la finalidad de otorgar financiamiento al pequeño productor agrario, incluyendo a los pequeños productores agrarios asociados, para que adquieran propiedades colindantes a fin de conformar Unidades Productivas Sostenibles, otorgar financiamiento para la infraestructura y el equipamiento necesario para la integración de las propiedades que conformen las Unidades Productivas Sostenibles y otorgar financiamiento para la asistencia técnica en materia agraria a los Pequeños Productores Agrarios que conformen las Unidades Productivas Sostenibles. El Fondo es un patrimonio constituido, entre otros, por los aportes que cada Gobierno Regional realice hasta por un monto de S/.10 000 000,00 (Diez millones y 00/100 nuevos soles).

La norma define la Unidad Productiva Sostenible como los terrenos productivos explotados con fines agropecuarios, cuya extensión no sea menor de veinte (20) hectáreas. Se busca con esto reducir el minifundio y promover, así, el otorgamiento de crédito a los productores agrarios.

ANALISIS COSTO-BENEFICIO

El presente Decreto Legislativo no generará mayores gastos al Tesoro Público, pues su implementación se realizará con los recursos asignados a cada una de las entidades involucradas en su implementación.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

La norma contempla las EAA como una nueva modalidad de organización a la que se le atribuye personalidad jurídica únicamente para determinados actos. En ese sentido, complementa las formas asociativas reconocidas por la legislación vigente. En lo que se refiere a la constitución de los fideicomisos por parte de los Gobiernos Regionales con cargo a los recursos del canon, el Decreto Legislativo modifica lo previsto en la Ley 27506 - Ley del Canon al autorizar que hasta un diez por ciento del importe que por dicho concepto perciban los referidos niveles de gobierno pueda destinarse a la constitución de patrimonios fideicometidos dirigidos a garantizar créditos agropecuarios.






TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 0023-2009-PI/TC

Lima, 2 de agosto de 2010

Vista: las Resoluciones Administrativas N° 071-2010-P/TC y 071-B-2010-P/TC que disponen el llamado del magistrado Óscar Urviola Hani en reemplazo del magistrado César Landa Arroyo para la resolución de las causas en las cuales este último intervino y que aun no han sido votadas; y, que los decretos de avocamiento se notificaran a través del portal electrónico del Tribunal Constitucional; y, **Atendiendo a:** que en la presente causa el magistrado César Landa Arroyo aún no ha votado; **se resuelve:** avóquese al conocimiento de la presente causa el magistrado Óscar Urviola Hani y notifíquese a las partes a través del portal electrónico del Tribunal Constitucional.

S.


MESÍA RAMÍREZ
PRESIDENTE


Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0023-2009-PI/TC
LIMA
GONZALO TUANAMA TUANAMA
Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1079, que Establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas, publicado el 28 de junio de 2008, en el diario oficial *El Peruano*.

ANTECEDENTE

Argumentos de la demanda

Con fecha 1 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1079. Los demandantes refieren que, "sin entrar al fondo del contenido de la norma", ésta fue legislada y promulgada sin hacer ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Explican que con ello se afectan los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral establecido en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Argumentan que el decreto legislativo no contempla el hecho y existencia de comunidades nativas no tituladas al interior o en las zonas de amortiguamiento de las Áreas Naturales. De otro lado, afirma que puesto que la norma postula el principio de "dominio eminential" con ello se excluye toda pretensión jurídica de los pueblos indígenas a reivindicar su derecho de propiedad sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, contraviniéndose así los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio N.º 169.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Alegan además que al no haberse respetado el derecho de consulta de los pueblos indígenas se ha contravenido el artículo 118, inciso 1 de la Constitución, que obliga al Presidente de la República a cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

Estiman, a manera de precisión, que el decreto legislativo ha sido promulgado en virtud de la Ley N.º 29157, que otorgó al Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú-Estados Unidos, y su protocolo de enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento.

Finalmente, en la sección IV de la demanda (Existencia y alcances de la infracción inconstitucional), alegan que el Decreto Legislativo N.º 1079 vulnera lo previsto en el artículo 6, incisos 1 a) y 2, del Convenio N.º 169 de la OIT (derecho al consentimiento previo, libre e informado), así como el artículo 19 de la DNUDPI. Además de sugerir una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio, así como los artículos 70 y 88 de la Constitución.

Contestación de la demanda

Con fecha 19 de octubre de 2009, el Ejecutivo, a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, contestó la demanda argumentando que el ámbito de regulación del Decreto Legislativo N.º 1079 se circunscribe al fortalecimiento institucional de la gestión ambiental, relacionado con la tala ilegal y el comercio ilegal de fauna silvestre, estableciendo un régimen jurídico para la recuperación administrativa y el dominio eminencial del Estado, respetando los usos tradicionales de las Comunidades Nativas y necesidades de subsistencia de las poblaciones locales.

Expresa que no se han excedido las facultades legislativas delegadas por el Legislativo al Ejecutivo, siendo que su ámbito de aplicación se vincula directamente a la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional de la gestión ambiental, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos.

Acerca del incumplimiento de la DNUDPI subraya que no ha sido ratificada por el Estado peruano por lo tanto no forma parte de nuestro ordenamiento al no haber sido ratificado, careciendo de efectos vinculantes al Estado peruano.

Alude además, que el Convenio N.º 169 de la OIT no es aplicable puesto que la población peruana es predominantemente mestiza. Las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales -indígenas-, con el "desarrollo de la civilización ahora son mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de los valles



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

interandinos de la sierra” (sic). En tal sentido, alegan que “darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaleciente en la sociedad peruana.” Por lo tanto, explica que sería arbitrario que se considere a todas las comunidades como pueblos indígenas.

Estima que no puede establecerse la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1079, ni de ninguna otra norma con rango legal por la omisión de la consulta a los pueblos indígenas, porque en el Perú estos no están identificados propiamente. No existe una norma que establezca los lineamientos y parámetros para su determinación, ni materias específicas de consulta, mucho menos existe norma legal que establezca el procedimiento para llevar a cabo la citada consulta, debiendo determinarse; a) cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país comprendidos en los alcances del Convenio N.º 169, b) cuáles son los temas que han de serles consultados; y, c) bajo que procedimiento se producirá la consulta.

Sin perjuicio de ello, señala que el ámbito de aplicación del decreto legislativo, no implica una afectación directa a las comunidades nativas y campesinas. Mediante tal regulación no se ha procedido a regular derechos fundamentales de los pueblos indígenas ni mucho menos recortar sus derechos fundamentales. Con el decreto legislativo se designa como autoridad competente y al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP) como administradores del patrimonio natural de áreas naturales, implementan mecanismos de recuperación para resguardar el patrimonio en áreas naturales, protegidas, se establecen principios que garantizan el patrimonio de las áreas naturales y se enmarca el objetivo constitucional de conservación de las áreas naturales protegidas establecidas en el artículo 68 de la Constitución. Por consiguiente, el derecho de consulta no es aplicable al presente decreto legislativo.

De otro lado, indica que el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.º 1079 no afecta a las comunidades nativas y campesinas por lo que la pretensión de consulta previa a la aprobación del decreto legislativo no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del mencionado derecho fundamental de consulta, lo que permite concluir que el no haberse llevado a cabo la consulta no convierte en inconstitucional al decreto cuestionado.

Finalmente refiere que en virtud al principio de interpretación de las leyes se hace inexigible someter al decreto legislativo N.º 1079 a un análisis de constitucionalidad indirecta por supuesta contravención al Convenio N.º 169 de la OIT, por cuanto no existe Ley ordinaria que establezca el desarrollo interno de dicho convenio, quedando descartada la inconstitucionalidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTOS

1. Con fecha 17 de junio de 2010 este Tribunal desarrolló una serie de conceptos en torno al derecho de consulta y declaró infundada la demanda contra el Decreto Legislativo N.º 1089 que declara de interés público la formalización y titulación de los predios rústicos y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional por un período de 4 años contados a partir de la vigencia de tal decreto legislativo. En dicho pronunciamiento el Tribunal expidió una sentencia interpretativa estimando que tal norma solo sería constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas.
2. Si bien el presente caso la problemática planteada es similar en cuanto se acusa al Decreto Legislativo N.º 1079 de no haber sido consultado a los pueblos indígenas, la disposición contiene normativa de distinta naturaleza por lo que tendrá que analizarse bajo las consideraciones establecidas en la STC 0022-2009-PI/TC a las cuales nos remitimos.
3. El Decreto Legislativo N.º 1079 establece en su artículo 2 que la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente, a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP). De igual forma en su artículo 3 establece una serie de principios que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas. Desarrolla el principio de prevención, del dominio eminential, de protección administrativa y de gobernanza ambiental. En su artículo 4 prohíbe el remate, subasta o comercio de los especímenes de fauna y flora recuperado o encontrados abandonados en áreas naturales, con la excepción de las actividades de recolección y caza con fines de subsistencia y autoconsumo. Así, en términos generales mediante la norma cuestionada se establecen algunas medidas a fin de garantizar el patrimonio de las áreas naturales protegidas. Dichas normas son aplicadas e interpretadas en el marco de la Ley N.º 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.
4. Frente a ello los demandantes alegan “sin entrar al fondo del contenido de la norma”: i) que la norma fue promulgada sin hacerse ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, ii) que en dicho decreto legislativo “no se contempla el hecho y existencia de comunidades nativas no tituladas al interior o en las zonas de amortiguamiento de las Áreas Naturales”; y, por último, iii) que con el principio de *dominio eminential* “se excluye toda pretensión jurídica de los pueblos indígenas para reivindicar su derecho de propiedad sobre sus recursos naturales existentes en sus territorios.” Con ello los demandantes alegan que se estaría contraviniendo los artículos 13, 14, 15 y 16 de Convenio N.º 169. En tal sentido, debe comprenderse que los puntos ii) y iii) serían considerando por los demandantes como aquellos que afectarían directamente a los pueblos indígenas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. Tal como se hizo en el Exp. N.º 022-2009-PI/TC, este Colegiado debe determinar si es que las normas contenidas en el Decreto Legislativo N.º 1079 son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Si se determina tal afectación sería exigible el derecho de consulta, con lo que la norma tendría que ser declarada inconstitucional, de lo contrario, si es que se determina que la norma no implica tal tipo de afectación, entonces tendrá que ser declarada infundada.
6. Como ya se ha dicho en los fundamentos 19-23 de la STC 022-2009-PI/TC, el artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. Este Colegiado considera que las normas contenidas en el decreto legislativo bajo cuestionamiento no afectan de manera directa o inmediata la situación jurídica de los pueblos indígenas. Como se aprecia de sus disposiciones, de un lado se regulan cuestiones relativas a la competencia de una entidad estatal y, de otro lado, se recogen una serie de principios que pretenden la tutela de las áreas protegidas.
7. Sobre la no consideración de la existencia de comunidades nativas no tituladas en las áreas naturales protegidas o en las zonas de amortiguamiento, los demandantes no presentan argumentos de por qué ello implicaría una afectación directa a los pueblos indígenas. Y es que la omisión de esta normativa no implica que el ordenamiento jurídico nacional no proteja en general a los pueblos indígenas, así no tengan un título de propiedad oficial respecto de sus territorios conforme ha sido advertido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, *Caso Comunidad indígena Yakye Axavs. Paraguay* y el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamáxa vs. Paraguay*). En tal sentido, no se cumple con la condición necesaria para que se pueda exigir la consulta.
8. De otro lado, en cuanto a las argumentaciones que refieren al principio de *dominio eminencial*, es de considerarse que éste es definido por la propia norma como aquel que faculta al Estado a conservar el dominio sobre los recursos naturales, así como sus frutos, productos y subproductos, en tanto no hayan sido obtenidos acorde con el título por los cuales fueron otorgados los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Los demandantes alegan que con ello se estaría contraviniendo los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio N.º 169, ya que los pueblos indígenas no podrían reivindicar la propiedad de los recursos naturales. Al respecto debe tenerse en consideración que de acuerdo al artículo 66 de la Constitución los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano de su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 15 del Convenio N.º 169, que es el verdaderamente relevante para los efectos de la argumentación planteada por los demandantes, prevé el caso en que los recursos naturales sean propiedad del Estado. Inclusive aquellos que están en los territorios indígenas. En tal sentido, el propio Convenio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

N.º 169 establece la posibilidad de que los recursos naturales puedan pertenecer al Estado, motivo por lo cual no existe contradicción alguna entre la Constitución y el Convenio N.º 169 y entre el principio de *dominio eminential* y el Convenio N.º 169, que más bien contempla tal posibilidad.

9. En todo caso, y sin perjuicio de lo expuesto, cualquier eventual conflicto que surja entre las comunidades y las políticas de Estado deberá ser resuelto a través de las reglas de la ponderación a fin de articular los legítimos derechos comunales con los intereses nacionales en cada caso concreto, más aún cuando la titularidad de los recursos naturales corresponde al Estado.

Así mismo, en modo alguno puede soslayarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay ha sido enfática en señalar que:

“Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros” (...)
(Considerando Nº 149).

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N.º 1079, que Establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI

CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 de octubre de 2010

Oficio N° 0877 -2010-SR/TC

Señor:
GONZALO TUANAMA TUANAMA
Representante de ciudadanos
Calle Bolívar N° 472, Of. N° 1104, Miraflores

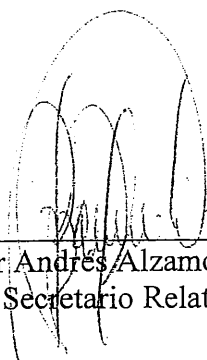
LIMA

Ref. Expediente 0023-2009-PI/TC

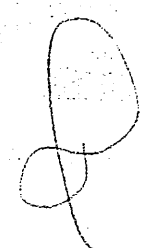
De mi especial consideración:

Tengo a bien dirigirme a usted, por encargo del Presidente del Tribunal Constitucional, con el objeto de hacerle llegar copia certificada de la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad de la referencia.

Atentamente,



Dr. Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS
PROCURADURIA PUBLICA
RECIBIDO
27 OCT 2010
Firma: _____ Hora: _____
Abogado: _____

Lima, 21 de octubre de 2010

Oficio N° 0878 -2010-SR/TC

Señor:

RICARDO RAUL CASTRO BELAPATIÑO
Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros
Av. Armendáriz N° 339 – 2do piso - Miraflores

LIMA

Ref. Expediente 0023-2009-PI/TC

De mi especial consideración:

Tengo a bien dirigirme a usted, por encargo del Presidente del Tribunal Constitucional, con el objeto de hacerle llegar copia certificada de la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad de la referencia.

Atentamente,

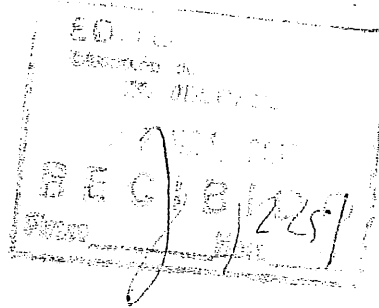
Dr. Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 de octubre de 2010

Oficio N° 0879 -2010-SR/TC
Señora:
DELFINA BECERRA GONZALES
Directora del Diario "El Peruano"
Presente:



De mi especial consideración:

Tengo a bien dirigirme a Usted, por encargo del Presidente del Tribunal Constitucional, a fin de solicitarle se sirva publicar en el diario oficial "El Peruano" la sentencia referida al expediente 0023-2009-PI/TC cuya fotocopia certificada se adjunta, en atención a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.

Atentamente,

Dr. Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 de octubre de 2010

Oficio N° 0880 -2010-SR/TC

Señora:

KATTY MARIELA AQUIZE CÀCERES

Procuradora Pública Especializada en Materia Constitucional

Calle Carlos Tenaud Cuadra 3 S/N - Miraflores



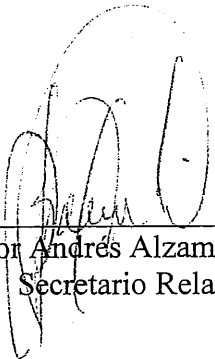
LIMA

Ref. Expediente 0023-2009-PI/TC

De mi especial consideración:

Tengo a bien dirigirme a usted, por encargo del Presidente del Tribunal Constitucional, con el objeto de hacerle llegar copia certificada de la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad de la referencia.

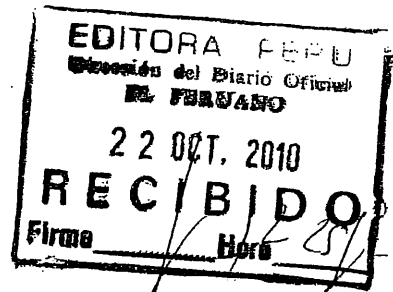
Atentamente,



Dr. Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

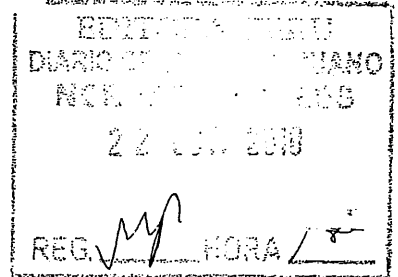


OP. 559016

Lima, 21 de octubre de 2010

Oficio N° 0879 -2010-SR/TC

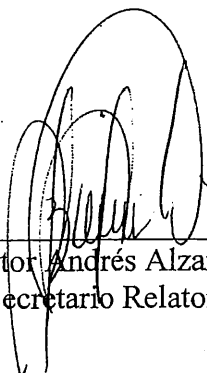
Señora:
DELFINA BECERRA GONZALES
Directora del Diario "El Peruano"
Presente:



De mi especial consideración:

Tengo a bien dirigirme a Usted, por encargo del Presidente del Tribunal Constitucional, a fin de solicitarle se sirva publicar en el diario oficial "El Peruano" la sentencia referida al expediente 0023-2009-PI/TC cuya fotocopia certificada se adjunta, en atención a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.

Atentamente,


Dr. Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator

OP. 559016-1
A: dpto. legal
22.10.10

suspendido

EL CONTENIDO DEL DISKET ES IDENTICO
AL ORIGINAL PARA SU PUBLICACION,
BAJO SU RESPONSABILIDAD DEL T.C.

Percy Dionataya O.
09655470 25/10/2010



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

559016-1

EXP. N.º 0023-2009-PI/TC
LIMA
GONZALO TUANAMA TUANAMA
Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1079, que Establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas, publicado el 28 de junio de 2008, en el diario oficial *El Peruano*.

ANTECEDENTE

Argumentos de la demanda

Con fecha 1 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1079. Los demandantes refieren que, "sin entrar al fondo del contenido de la norma", ésta fue legislada y promulgada sin hacer ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Explican que con ello se afectan los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral establecido en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Argumentan que el decreto legislativo no contempla el hecho y existencia de comunidades nativas no tituladas al interior o en las zonas de amortiguamiento de las Áreas Naturales. De otro lado, afirma que puesto que la norma postula el principio de "dominio eminential" con ello se excluye toda pretensión jurídica de los pueblos indígenas a reivindicar su derecho de propiedad sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, contraviniéndose así los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio N.º 169.



Comunicación al sector
que el documento
se encuentra ilegible
y con añadidos

no de consulta de los
de la Constitución, que
dir la Constitución y los

Al
pueblos
obliga a
tratados, ley...

Gracias

Estiman, a manera de p...
virtud de la Ley N.º 29157, que otorgo ...
materias relacionadas con la implementación de ...
Estados Unidos, y su protocolo de enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la
competitividad económica para su aprovechamiento.

Finalmente, en la sección IV de la demanda (Existencia y alcances de la
infracción inconstitucional), alegan que el Decreto Legislativo N.º 1079 vulnera lo
previsto en el artículo 6, incisos 1 a) y 2, del Convenio N.º 169 de la OIT (derecho al
consentimiento previo, libre e informado), así como el artículo 19 de la DNUDPI.
Además de sugerir un interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de
los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio, así como los
artículos 70 y 88 de la Constitución.

Contestación de la demanda

Con fecha 19 de octubre de 2009, el Ejecutivo, a través del Procurador Público
de la Presidencia del Consejo de Ministros, contestó la demanda argumentando que el
ámbito de regulación del Decreto Legislativo N.º 1079 se circunscribe al
fortalecimiento institucional de la gestión ambiental, relacionado con la tala ilegal y el
comercio ilegal de fauna silvestre, estableciendo un régimen jurídico para la
recuperación administrativa y el dominio eminencial del Estado, respetando los usos
tradicionales de las Comunidades Nativas y necesidades de subsistencia de las
poblaciones locales.

Expresa que no se han excedido las facultades legislativas delegadas por el
Legislativo al Ejecutivo, siendo que su ámbito de aplicación se vincula directamente a la
mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional de la gestión ambiental, con
la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el Acuerdo de
Promoción Comercial Perú-Estados Unidos.

Acerca del incumplimiento de la DNUDPI subraya que no ha sido ratificada por
el Estado peruano por lo tanto no forma parte de nuestro ordenamiento al no haber sido
ratificado, careciendo de efectos vinculantes al Estado peruano.

Alude además, que el Convenio N.º 169 de la OIT no es aplicable puesto que la
población peruana es predominantemente mestiza. Las comunidades campesinas que en
su origen fueron ancestrales -indígenas-, con el desarrollo de la civilización ahora son
mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de los valles



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTOS

1. Con fecha 17 de junio de 2010 este Tribunal desarrolló una serie de conceptos en torno al derecho de consulta y declaró infundada la demanda contra el Decreto Legislativo N.º 1089 que declara de interés público la formalización y titulación de los predios rústicos y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional por un período de 4 años contados a partir de la vigencia de tal decreto legislativo. En dicho pronunciamiento el Tribunal expidió una sentencia interpretativa estimando que tal norma solo sería constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas.
2. Si bien el presente caso la problemática planteada es similar en cuanto se acusa al Decreto Legislativo N.º 1079 de no haber sido consultado a los pueblos indígenas, la disposición contiene normativa de distinta naturaleza por lo que tendrá que analizarse bajo las consideraciones establecidas en la STC 0022-2009-PI/TC a las cuales nos remitimos.
3. El Decreto Legislativo N.º 1079 establece en su artículo 2 que la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente, a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP). De igual forma en su artículo 3 establece una serie de principios que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas. Desarrolla el principio de prevención, del dominio eminential, de protección administrativa y de gobernanza ambiental. En su artículo 4 prohíbe el remate, subasta o comercio de los especímenes de fauna y flora recuperado o encontrados abandonados en áreas naturales, con la excepción de las actividades de recolección y caza con fines de subsistencia y autoconsumo. Así, en términos generales mediante la norma cuestionada se establecen algunas medidas a fin de garantizar el patrimonio de las áreas naturales protegidas. Dichas normas son aplicadas e interpretadas en el marco de la Ley N.º 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.
4. Frente a ello los demandantes alegan "sin entrar al fondo del contenido de la norma": i) que la norma fue promulgada sin hacerse ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, ii) que en dicho decreto legislativo "no se contempla el hecho y existencia de comunidades nativas no tituladas al interior o en las zonas de amortiguamiento de las Áreas Naturales"; y, por último, iii) que con el principio de *dominio eminential* "se excluye toda pretensión jurídica de los pueblos indígenas para reivindicar su derecho de propiedad sobre sus recursos naturales existentes en sus territorios." Con ello los demandantes alegan que se estaría contraviniendo los artículos 13, 14, 15 y 16 de Convenio N.º 169. En tal sentido, debe comprenderse que los puntos ii) y iii) serían considerando por los demandantes como aquellos que afectarían directamente a los pueblos indígenas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

07/01/2010
Colección bien
obvia (piero)
11/5/10

5. Tal como se hizo en el Exp. N.º 022-2009-PI/TC, este Colegiado debe determinar si es que las normas contenidas en el Decreto Legislativo N.º 1079 son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Si se determina tal afectación sería exigible el derecho de consulta, con lo que la norma tendría que ser declarada inconstitucional, de lo contrario, si es que se determina que la norma no implica tal tipo de afectación, entonces tendrá que ser declarada infundada.
6. Como ya se ha dicho en los fundamentos 19-23 de la STC 022-2009-PI/TC, el artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. Este Colegiado considera que las normas contenidas en el decreto legislativo bajo cuestionamiento no afectan de manera directa o inmediata la situación jurídica de los pueblos indígenas. Como se aprecia de sus disposiciones, de un lado se regulan cuestiones relativas a la competencia de una entidad estatal y, de otro lado, se recogen una serie de principios que pretenden la tutela de las áreas protegidas.
7. Sobre la no consideración de la existencia de comunidades nativas no tituladas en las áreas naturales protegidas o en las zonas de amortiguamiento, los demandantes no presentan argumentos de por qué ello implicaría una afectación directa a los pueblos indígenas. Y es que la omisión de esta normativa no implica que el ordenamiento jurídico nacional no proteja en general a los pueblos indígenas, así no tengan un título de propiedad oficial respecto de sus territorios conforme ha sido advertido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* y el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*). En tal sentido, no se cumple con la condición necesaria para que se pueda exigir la consulta.
8. De otro lado, en cuanto a las argumentaciones que refieren al principio de *dominio eminential*, es de considerarse que éste es definido por la propia norma como aquel que faculta al Estado a conservar el dominio sobre los recursos naturales, así como sus frutos, productos y subproductos, en tanto no hayan sido obtenidos acorde con el título por los cuales fueron otorgados los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Los demandantes alegan que con ello se estaría contraviniendo los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio N.º 169, ya que los pueblos indígenas no podrían reivindicar la propiedad de los recursos naturales. Al respecto debe tenerse en consideración que de acuerdo al artículo 66 de la Constitución los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano de su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 15 del Convenio N.º 169, que es el verdaderamente relevante para los efectos de la argumentación planteada por los demandantes, prevé el caso en que los recursos naturales sean propiedad del Estado. Inclusive aquellos que están en los territorios indígenas. En tal sentido, el propio Convenio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

N.º 169 establece la posibilidad de que los recursos naturales puedan pertenecer al Estado, motivo por lo cual no existe contradicción alguna entre la Constitución y el Convenio N.º 169 y entre el principio de *dominio eminential* y el Convenio N.º 169, que más bien contempla tal posibilidad.

9. En todo caso, y sin perjuicio de lo expuesto, cualquier eventual conflicto que surja entre las comunidades y las políticas de Estado deberá ser resuelto a través de las reglas de la ponderación a fin de articular los legítimos derechos comunales con los intereses nacionales en cada caso concreto, más aún cuando la titularidad de los recursos naturales corresponde al Estado.

Así mismo, en modo alguno puede soslayarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay ha sido enfática en señalar que:

"Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros" (...)
(Considerando Nº 149).

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N.º 1079, que Establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI

CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI