

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe respecto de la Sentencia tramitada en el Expediente No.
023-2009-PI/TC

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Pierella Natali Chipana Paz

ASESORA:

Gabriela Asuncion Ramirez Parco

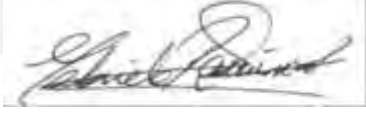
Lima, 2022

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Gabriela Asuncion Ramirez Parco, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora del informe jurídico titulado, “Informe respecto de la Sentencia tramitada en el Expediente No. 023-2009-PI/TC”, de la autora Pierella Natali Chipana Paz, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

<u>Ramirez Parco, Gabriela Asuncion</u>	
DNI: 40677600	Firma
ORCID https://orcid.org/0000-0002-9247-2341	

RESUMEN

El presente Informe analiza la Sentencia de Inconstitucionalidad recaída en el Expediente No. 023-2009-PI/TC, interpuesta por el señor Gonzalo Tuamana Tuamana (en representación de 5000 ciudadanos), contra el Decreto Legislativo No. 1079.

Este Decreto, establece mecanismos de tutela de las Áreas Naturales Protegidas y regula las competencias del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas-SERNANP.

Por ello, se analizará normativa interna, instrumentos internacionales, doctrina y jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por el máximo Tribunal de otros países de la región.

En base a lo descrito, plantearé mi postura respecto a la constitucionalidad del presente Decreto, con la finalidad de identificar si se debió realizar el proceso de consulta previa a los pueblos indígenas antes de emitir este Decreto.

Al respecto, es necesario comprender el sistema que regula a estas áreas, por lo cual las describiré, con la finalidad de demostrar que este Decreto no afectó materialmente a los pueblos indígenas que habitan en ellas.

Finalmente, analizaré el derecho a la consulta previa contenida en el Convenio 169 de Organización Mundial del Trabajo con la finalidad de identificar su contenido y alcances, lo que permitirá reafirmar mi postura respecto a la constitucionalidad de este Decreto.

Palabras clave

Áreas Naturales Protegidas, Convenio No. 169 de la OIT, Consulta previa, Pueblos indígenas.

ABSTRACT

This report analyzes the Unconstitutionality Ruling in Case No. 023-2009-PI/TC, filed by Mr. Gonzalo Tuamana Tuamana (on behalf of 5000 citizens), against Legislative Decree No. 1079.

This Decree establishes mechanisms for the protection of Natural Protected Areas and regulates the competencies of the National Service of Natural Protected Areas - SERNANP.

Therefore, we will analyze internal regulations, international instruments, doctrine and jurisprudence issued by the Inter-American Court of Human Rights, as well as by the highest Court of other countries in the region.

Based on the above, I will present my position regarding the constitutionality of this Decree, in order to identify whether the process of prior consultation with indigenous peoples should have been carried out before issuing this Decree.

In this regard, it is necessary to understand the system that regulates these areas, for which I will describe them, with the purpose of demonstrating that this Decree did not materially affect the indigenous peoples that inhabit them.

Finally, I will analyze the right to prior consultation contained in Convention 169 of the World Labor Organization in order to identify its content and scope, which will allow me to reaffirm my position regarding the constitutionality of this Decree.

Keywords

Natural protected areas, Labor Organization Convention 169, Prior consultant, Indigenous peoples.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	3
I. INTRODUCCIÓN	4
1.1. Justificación de la elección de la resolución	5
1.2. Presentación del caso y análisis	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
2.1. Antecedentes	7
2.2. Hechos relevantes del caso	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	9
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	10
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	12
VI. CONCLUSIONES	33
BIBLIOGRAFÍA	35

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<u>No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso</u>	Expediente No. 0023-2009-PI/TC
<u>Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso</u>	<ul style="list-style-type: none">- Derecho Internacional Público- Derecho Constitucional- Derecho Ambiental
<u>Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes</u>	<ul style="list-style-type: none">- Expediente No. 0022-2009-PI/TC- Sentencia No. 03066-2019-PA/TC- Sentencia No. 03343-2007-PA/TC

<u>Demandante / Denunciante</u>	Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de 5000 ciudadanos
<u>Demandado / Denunciado</u>	Poder Ejecutivo
<u>Instancia administrativa o jurisdiccional</u>	Tribunal Constitucional
<u>Terceros</u>	-

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2006, se suscribió el Tratado de Libre Comercio Perú- Estados Unidos (en adelante, “**TLC**”), por lo que nuestro país tuvo que adecuar su legislación a fin de cumplir con lo asumido antes que este entrara en vigor. Es así, que se emitió una serie de decretos legislativos, un grupo de estos, dirigidos a fortalecer y modernizar la gestión ambiental. Sin embargo, al no considerar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, el “**Convenio**”) y a los pueblos indígenas (en adelante, los “**Pueblos**”), varios de estos decretos devinieron en inconstitucionales, por lo que se inició una serie de procesos destinados a declarar su inconstitucionalidad; este es el caso del Decreto Legislativo No. 1079 (en adelante, “**DL 1079**”), el cual nos trae al presente análisis.

Este Decreto señala lineamientos de tutela al patrimonio de las áreas naturales protegidas (en adelante, “**ANP**”) y no fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional (en adelante, “**TC**”). Por lo tanto, analizaré la constitucionalidad de este, a fin de determinar si fue necesario ejecutar el proceso de consulta previa e informada (en adelante, “**la Consulta**”) a los pueblos indígenas (en adelante, “**Pueblos**”) antes de su expedición.

Para ello, iniciaré con un análisis sobre la constitucionalidad del **DL 1079**; luego, seguiré con una explicación del marco regulatorio de las **ANP** para posteriormente, demostrar que los dispositivos regulados en el Decreto en cuestión no afectaron

directa y materialmente a los **Pueblos**, por lo que en la misma línea no atenta contra el **Convenio**. De esta manera, se podrá arribar a una conclusión.

1.1. Justificación de la elección de la resolución

El Perú es un país pluricultural donde habitan **Pueblos** preexistentes al Estado, con una cosmovisión e idiosincrasia que forma parte de su identidad. Esto, hace rico a nuestro país en este aspecto, pero también ha conllevado a un largo historial de conflictos sociales y medioambientales, que no han podido ser resueltos de manera asertiva.

En efecto, las leyes vigentes en esos momentos y las autoridades de turno no cumplieron con sus funciones y actuaron de forma tardía, es decir; cuando el conflicto llegó a su punto más álgido, en el que el diálogo ya no era una opción.

En ese sentido, cualquier política o norma debe respetar los derechos de todos los colectivos, sin importar su ubicación territorial, etnia o cualquier interseccionalidad.

Ahora bien, en el marco del **TLC**, se aprobaron una serie de normas que habrían atentado contra estos colectivos y, una de ellas, fue el **DL 1079**; frente a este, se interpuso una demanda de inconstitucionalidad la cual fue declarada infundada por el **TC**.

Considero que, en dicha Sentencia, el **TC** no desarrolló el sistema de protección de las **ANP**, la cual estaba vigente en nuestro país, lo cual impidió comprender a cabalidad las razones por las cuales el **DL 1079** no es inconstitucional y no atenta contra el derecho a la **Consulta**, especialmente porque no existió afectación directa alguna.

Este derecho fue reconocido por el Estado a través del **Convenio**, pero, en el año del conflicto, la Ley de Consulta Previa no había sido promulgada. Por lo que no se tenía conocimiento del contenido, los alcances y su aplicación; sin embargo, el Perú ya había ratificado el **Convenio**, el cual establece las directrices y condiciones de la **Consulta**. Cabe señalar que, este derecho es indispensable, sin embargo; su

aplicación no es irrestricta y debe armonizarse con los derechos de las minorías y con la colectividad en general.

La complejidad anteriormente anotada explica las razones por las que escogí este Expediente pues se debe analizar el conflicto suscitado en la Sentencia del **TC** a través del Derecho Ambiental, Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, para conocer el sistema de protección de las **ANP** y poder contrastar las medidas implementadas en el **DL 1079** y el derecho a la **Consulta** de estos colectivos reconocido en el **Convenio**.

Por todo lo señalado, elegí esta sentencia debido a mi particular interés por los temas sociales de nuestro país, pues el Perú se ha visto aquejado por muchos conflictos sociales que, como mencioné previamente, no se les ha dado la importancia debida en el momento pertinente.

1.2. Presentación del caso

El **DL 1079** fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuamana Tuamana en representación de 5000 ciudadanos (en adelante, el “**Demandante**”) quien consideró que el **DL 1079** no contempló a los **Pueblos** no titulados y, señaló que a través del concepto de “dominio eminential” se les impedía reivindicar sus derechos sobre los recursos naturales de su territorio.

Frente a ello, el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, el “**Procurador**”) señaló que el **DL 1079** se dirigió a resguardar las **ANP**. Asimismo, consideró que a través de este Decreto no se regulan ni limitan los derechos de los **Pueblos**. Incluso, alegó que no existe alguna normativa que los delimite y que no existen lineamientos que establezcan cómo debe realizarse la **Consulta**.

Es por esta razón que se pretende analizar si el **DL 1079** es inconstitucional por omitir el derecho a la **Consulta**. Por esto, se debe analizar la regulación de las **ANP**, a fin de determinar si la regulación de estos mecanismos afecta de manera directa a los **Pueblos**.

Posteriormente, se analizará la ubicación del **Convenio** en nuestro ordenamiento a efectos de considerar si el **DL 1079** lo contraviene. Finalmente, y considerando lo anterior, se podrá determinar si para emitir el **DL 1079** se debió realizar la **Consulta** a los **Pueblos** ubicados en las **ANP**.

Finalmente, recurriremos a la Constitución Política del Perú (en adelante, “**la Constitución**”), el Tratado de Viena y el **Convenio**. Seguidamente, analizaremos los dispositivos normativos que regulan a las **ANP** y lo que señala la doctrina especializada sobre la materia. Una vez identificado el marco jurídico aplicable, podremos contrastar las posiciones advertidas con la jurisprudencia nacional e internacional relativa a la **Consulta**. De esta manera podremos concluir si el **DL 1079** es o no inconstitucional.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

Con la firma y entrada en vigor del **TLC**, era necesario que el Perú facilitara su implementación, por ello; se promulgó la Ley No. 29157, publicada el 20 de diciembre de 2007, mediante la cual el Congreso de la República delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo para emitir decretos legislativos sobre diversas materias. Es así como el 28 de junio de 2008 se publicó el **DL 1079**.

El **DL 1079** establece medidas que tutelan el patrimonio de las **ANP**, este además reguló lo siguiente: (i) el Sistema Nacional de **ANP** (en adelante, el “**SERNANP**”) es la autoridad competente para administrar el patrimonio de las **ANP**; y, (ii) estableció principios que tutelen el patrimonio de estas.

El 13 de diciembre de 2008, mediante Decreto Supremo No. 008-2008-MINAM (en adelante, el “**DS 008**”) se emitió el Reglamento del **DL 1079** que: (i) precisó el patrimonio de las **ANP**; (ii) estableció la posesión del Estado de los elementos que conforman el patrimonio de las **ANP**; (iii) determinó el procedimiento de recuperación

y declaración de abandono de los especímenes, productos de fauna y flora silvestre; y, (iv) finalmente, delimitó las opciones de destino de lo anteriormente señalado.

2.2. Hechos relevantes del caso

1. El 12 de abril de 2006, se firmó en Washington D.C. el **TLC**; a efectos de viabilizar su implementación, el 20 de diciembre de 2007, el Congreso delegó facultades para legislar al Poder Ejecutivo a través de la Ley No. 29157, es así como, el 27 de junio de 2008, se promulgó el **DL 1079**.
2. El 1 de julio de 2009, el **Demandante**, presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el **DL 1079** porque consideró que este presentaba los siguientes problemas: (i) no contempló la existencia de los **Pueblos** no titulados al interior o en las zonas de amortiguamiento de las **ANP**; (ii) postuló que el principio de “dominio eminential”, excluye a los **Pueblos** para reivindicar su derecho de propiedad; y (iii) no se habría respetado el derecho de **Consulta**.
3. Esta fue contestada por el **Procurador**, quien señaló lo siguiente: (i) el **DL 1079** designa como autoridad competente al **SERNANP**; (ii) establece principios que garantizan el patrimonio de las **ANP**; e (iii) implementa mecanismos de recuperación para resguardar el patrimonio en las **ANP**.
4. Asimismo, señaló que: (i) no se puede aplicar el **Convenio** porque la población peruana es predominantemente mestiza; (ii) no es posible establecer la inconstitucionalidad del **DL 1079** por omisión a la **Consulta** debido a que los **Pueblos** no están identificados, no se determinaron los temas que deben ser consultados, ni el procedimiento bajo el cual se realizaría la **Consulta**; y (iii) no existe ley ordinaria que desarrolle el **Convenio**. Finalmente, indicó que no existe ningún tipo de afectación directa a estos colectivos.
5. El 21 de septiembre del 2010, el **TC**, recurriendo a algunos conceptos desarrollados en una Sentencia previa emitida por el mismo colegiado, declaró **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el **DL 1079**, considerando que: (i) El **DL 1079** no afecta directamente a los **Pueblos**

porque regula la competencia de una entidad estatal y recoge principios que tutelan a las **ANP**; (ii) la omisión de la existencia de los **Pueblos** no titulados en las **ANP** no les implica una afectación directa; (iii) los recursos naturales, son patrimonio de la nación conforme al artículo 66 de la **Constitución**, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento. Esto se encuentra en el artículo 15 del **Convenio**. En consecuencia, no existiría ninguna contradicción entre el principio de dominio eminencial postulado en el **DL 1079** y el **Convenio**.

6. Finalmente, el **TC** señaló que en caso existiera algún conflicto entre los **Pueblos** y las políticas del Estado, la solución deberá pasar por una ponderación de derechos. Incluso, se señaló que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "**CIDH**") también avala esta solución dado que ante un eventual conflicto no siempre prevalecerán los intereses de los **Pueblos**.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema principal

¿El **DL 1079** que establece medidas que garanticen el patrimonio de las **ANP**, es constitucional?

Problemas secundarios

Primer problema secundario: ¿Cuál es el marco regulatorio de las **ANP** en el ordenamiento jurídico peruano?

¿Qué son las **ANP**, cuáles son sus niveles de administración y cómo están clasificadas en el ordenamiento jurídico peruano?

Segundo problema secundario: ¿Los mecanismos de recuperación de los recursos naturales de las **ANP**, regulado en el **DL 1079**, afectan la **Consulta** de los **Pueblos**?

Tercer problema secundario: ¿Cuál es la ubicación del **Convenio** en el ordenamiento jurídico peruano conforme a la **Constitución** y a los tratados?

Cuarto problema secundario: ¿El Estado peruano debió realizar la **Consulta** a los **Pueblos**, ubicados en las **ANP**, de acuerdo con lo establecido en el **Convenio**, en el marco del **DL 1079**?

II. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

1.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

- El **DL 1079** es constitucional porque se dirige a establecer la organización de una entidad administrativa, así como principios para la recuperación del patrimonio de las **ANP**. En consecuencia, las medidas establecidas en dicho Decreto no afectan directamente a estos **Pueblos**, por lo que no atentan contra la **Consulta** establecida en el **Convenio** y, por ende, no se vulnera la **Constitución**.
- Las **ANP** son áreas biológicamente particulares por los recursos naturales que albergan, tal es así que se encuentran expresamente reconocidas y delimitadas por el Estado. Por lo tanto, cuentan con una regulación específica, debido a su importancia para el ecosistema de nuestro país, en este sentido, son consideradas patrimonio de la nación y de interés público, por mandato constitucional.
- El **SERNANP**, es un organismo adscrito al Ministerio del Ambiente (en adelante, “**MINAM**”) y ente rector del **SINANPE**. En ese sentido, el **SERNANP** tutela a las **ANP**, y coordina con organismos de distintos niveles, a fin de preservar a las **ANP** y sus recursos, de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento del **SERNANP**.
- El **DL 1079**, señala lo anterior y además establece principios para preservar a las **ANP** y dentro de ellos se encuentra el mecanismo de recuperación de bienes extraídos de las **ANP**, el cual es un proceso automático que favorece la tutela de las **ANP**.
- El **Convenio** es un tratado de derechos humanos que se dirige a reconocer derechos de los **Pueblos**. El 2 de febrero de 1994, el Perú lo ratificó por lo que sus compromisos son exigibles y es aplicable a la controversia. Sin embargo, “no existe alguna disposición constitucional que establezca el rango de los tratados en

nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, el artículo 3 de la **Constitución** y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta, permiten que se aplique el **Convenio** al formar parte del bloque de constitucionalidad, por lo que cualquier vulneración a este implicaría un atentado contra la Constitución” (Neves Mujica, 1999, pp. 197).

- La **Consulta** se reconoció en el **Convenio** y se incorporó a nuestro ordenamiento desde el momento en que este tratado fue ratificado. Sin embargo, no existió un desarrollo interno, por lo que fue necesario recurrir a los elementos y características establecidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, “**SIDH**”) para evaluar si el **DL 1079** era inconstitucional.
- El **DL 1079** no afectó de manera directa a los **Pueblos** tal como lo estableció el **TC**, porque se trata de una norma de alcance general. En ese sentido, no era necesario implementar un proceso de **Consulta** antes de que se expida el **DL 1079**.

IV. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Mi posición sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el **Demandante** contra el **DL 1079** es que esta debe ser infundada. En efecto, considero que el presente Decreto es general y abstracto porque se establece que el **SERNANP** es el organismo competente para administrar el patrimonio de las **ANP** y, además de ello, se establecen principios que garanticen la conservación de estas áreas.

Por este motivo, conforme con el **Convenio** y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (en adelante “**DUNPI**”), considero que para aprobar el **DL 1079** no se debió realizar la **Consulta** porque no se afectó directa e inmediata a estos **Pueblos**. Además, no se ha afectado a la propiedad comunal, para que esto hubiera ocurrido, se debió derogar la Ley No. 22175, Ley que garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades indígenas, a través de una ley orgánica y no un decreto legislativo, de acuerdo con el artículo 103 de la **Constitución**.

Además de ello, en el Reglamento del **DL 1079** y la Resolución Presidencial No. 177-2009-SERNANP (en adelante, “**la Directiva**”) señalan que se respeta el derecho de los **Pueblos** respecto al aprovechamiento de sus recursos dentro de las **ANP**, así como se garantizan los usos orientados a su subsistencia y autoconsumo. En ese sentido, el reglamento del **DL 1079** y la **Directiva**, señalaron que estos **Pueblos** se encuentran exceptuadas de las intervenciones que llevase a cabo el **SERNANP**.

Por eso, considero que la aplicación del **DL 1079**, no afecta de forma directa a la situación jurídica de los **Pueblos**, ya que en el Reglamento y en la **Directiva**, se los reconoce y además se lo exime del ámbito de aplicación del **DL 1079**.

Por todos los motivos expuestos, considero que el **DL 1079** es constitucional.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema principal: ¿El **DL 1079** que establece medidas que garanticen el patrimonio de las **ANP** es constitucional?

El **DL 1079**, es constitucional debido a que no afecta directamente a los **Pueblos** y en consecuencia, no atenta contra el derecho a la **Consulta**.

El demandante señaló que el **DL 1079** atenta contra el derecho a la **Consulta**, vulnerando de manera indirecta la **Constitución** y solicita la no aplicación del **DL 1079** así como que se lo expulse del ordenamiento jurídico. Es por ello, que considero prudente ilustrar la clasificación de los supuestos de infracciones constitucionales establecidos por el **TC**, a fin de respaldar mi posición sobre la constitucionalidad del **DL 1079**:

- “Existe una infracción constitucional de forma: a) al no observarse el procedimiento legislativo que la Constitución ha establecido; b) al legislarse sobre una materia a través de una fuente que no fue aquella especificada directamente en la Constitución; y, c) al expedirse una norma por un órgano constitucional sin las competencias necesarias para ello” (Tribunal Constitucional, 2005, FJ 22).

Podemos advertir que, a través de esta infracción, se protegen las formas establecidas en la **Constitución** para la emisión de una norma atendiendo a

distintos criterios. “En concreto se protege que la norma sea emitida i) a través del procedimiento establecido; ii) a través de la fuente formal establecida; y iii) a través del órgano constitucional establecido” (Tribunal Constitucional, 2005, FJ 22).

- “Se incurre en una infracción constitucional de fondo al legislarse sobre una materia contraria a valores constitucionales, principios y derechos” (Tribunal Constitucional, 2005, FJ 23).
- “Se incurre en una infracción constitucional total cuando todo el contenido de la norma atenta contra la Constitución” (Tribunal Constitucional, 2005, FJ 24).

Podemos señalar que si existe alguna inconsistencia en la norma (sea en su texto o en su contenido interpretado) que atente en su totalidad contra la Constitución, esta debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

- “Se incurre en una infracción constitucional parcial cuando una fracción de la norma atenta contra la Constitución” (Tribunal Constitucional, 2005, FJ 25).

Podemos advertir que si existe alguna inconsistencia en algún extremo de la norma (sea en su texto o en su contenido interpretado) que atente contra la **Constitución**, este extremo debe ser expulsado del ordenamiento jurídico.

En este caso, el **Demandante** sostiene que el **DL 1079** atentó contra la **Constitución** de manera indirecta. Cabe señalar, que la **Consulta** no se encuentra establecida en la **Constitución**, sino que proviene del **Convenio**. No obstante, para que ello proceda es necesario advertir que “las siguientes directrices bajo las cuales deben apreciarse las infracciones a la Constitución, son las siguientes: (i) el principio de conservación de la ley, por el cual se debe resguardar la eficacia de la norma; y, (ii) el principio de interpretación desde la Constitución, por el cual se debe elegir una interpretación que guarde afinidad y correspondencia con el texto constitucional; que guarda relación con (iii) la determinación interpretativa previsora, por el cual se deben anticipar las consecuencias jurídico-políticas que se pueden desencadenar a raíz de esa interpretación” (García Toma, 2005, pp.12-80).

Ahora bien, en la presente Sentencia, se discute si es que el **DL 1079** afecta de manera directa a los **Pueblos**, tal como se establece en el **Convenio**, y, por tanto, de manera indirecta a la **Constitución**. Tal como se desarrollará con mayor detenimiento a lo largo del presente Informe, se puede advertir que el derecho de los **Pueblos** a que se les consulte se debe realizar cuando una medida legislativa y administrativa pueda afectarles directamente, lo que no sucede en el caso materia de análisis, de acuerdo con mi posición.

En efecto, se puede señalar que el **DL 1079**, tiene un carácter general y abstracto, en el cual se disponen medidas que protegen el patrimonio en las **ANP**. En específico, estas medidas que regulan el mecanismo de recuperación administrativa de los bienes naturales que se encuentren ilegalmente en poder de privados, evidentemente, que son extraídos de las **ANP**. En consecuencia, consideramos que no se modifica el estatus jurídico ya que no existe una afectación directa a los **Pueblos**.

Por ello, es legítimo preguntarse, además del análisis realizado por el **TC**, si el establecimiento de principios administrativos relativos a las riquezas naturales que se encuentran en las **ANP** afecta la cosmovisión e identidad de los **Pueblos**. Considero que la respuesta es negativa porque se dirige a que los particulares internalicen los riesgos de su actividad; la forma de otorgar derechos; protección de los recursos renovables; y el diseño de políticas públicas. En ningún momento atenta, como se señaló anteriormente, contra estos colectivos, por lo que no es exigible la aplicación de un procedimiento de **Consulta**.

En conclusión, el **DL 1079** es constitucional y no atenta contra el derecho a la **Consulta** porque regula la competencia del **SERNANP**; y establece principios que tutelan a las **ANP**, lo que no afecta directamente en aspectos esenciales de la identidad y vida de los **Pueblos**. Así también, esta es una norma que tiene un alcance amplio y general que no incide directamente en el estatus jurídico o en algún derecho particular de los miembros de estos colectivos, lo cual será desarrollado en los siguientes acápites.

Problemas secundarios

Primer problema secundario: ¿Cuál es el marco regulatorio de las **ANP** en el ordenamiento jurídico peruano?

Conforme al acápite anterior, el **DL 1079** es constitucional. No obstante, en la presente Sentencia, no se pueden apreciar las razones por las cuales no hay afectación a los **Pueblos**. Para ello, es necesario considerar el marco regulatorio de las **ANP** para concluir, sin ninguna duda que las medidas establecidas en el **DL 1079** no afectan directamente a estos colectivos.

Ahora bien, “las disposiciones respecto a las **ANP**, hoy en día, tiene fuentes constitucionales y legislativas, asimismo, se encuentran ordenadas y pueden dividirse en tres grupos: (i) Normas generales directamente vinculadas con las **ANP**, las cuales nos permiten entender la vinculación de estas con las normas específicas referidas a las **ANP**; (ii) Normas sobre las **ANP**, las cuáles señalan el marco específico de las **ANP**; (iii) Normas de **ANP** del **SINANPE**, estas establecen el marco regulatorio para la creación de las **ANP**” (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2008).

Ahora bien, es necesario señalar cuáles son las normas principales que forman parte de los tres grupos señalados, a fin de tener claridad y precisión respecto al marco regulatorio de las **ANP**, para una mejor comprensión de estas y poder analizar si el **DL 1079**, afecta a los derechos de quienes habitan estas zonas protegidas, con la finalidad de analizar si este impacta en los **Pueblos**, lo cual nos permitirá establecer si debe aplicarse o no, la **Consulta**.

En efecto, el ordenamiento jurídico, respecto a las **ANP** es completo y coherente con los fines constitucionales. Por lo que los dispositivos jurídicos deben interpretarse de manera conjunta para poder hallar la norma aplicable. Es así como es importante entender el funcionamiento del marco regulatorio de las **ANP**. Por esta razón, realizaré una breve descripción del marco regulatorio de las **ANP** en el Perú:

i. Normas generales sobre el Ambiente y los recursos naturales

Debemos tenerse presente la regulación de las normas generales sobre el ambiente, las cuales fueron promulgadas con antelación a la Ley de las **ANP** y su Reglamento,

estas nos brindan un alcance respecto a cómo se debe entender e interpretar los conceptos que nos ayudará a comprender de una mejor manera a las **ANP**. Es así como podemos señalar a:

“**Constitución**, artículos 2, 66, 68, 70 al 73

Ley 28611, Ley General del Ambiente

Ley 26839, Ley de Aprovechamiento y Diversidad Biológica” (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2008).

ii. Normas sobre **ANP**

“Las **ANP** ostentan una regulación especial que delimita el procedimiento, los supuestos que deben cumplirse para su creación, zonificación y los mecanismos de protección” (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2008). Así, tenemos presente los dispositivos normativos de alcance general que deben ser observados al tratar esta materia:

“Ley No. 26834, Ley de **ANP**

Decreto Supremo No. 038-2001- AG, Reglamento de las **ANP**

Decreto Supremo No. 010-99-AG, Plan Director de las **ANP**” (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2008)

iii. **ANP** del **SINANPE**

En tercer lugar, el sistema de protección de las **ANP** no se agota en su creación, delimitación y creación de mecanismos de protección. En efecto, es necesario que exista un sistema encargado de su supervisión y administración, así como de su organización. Entonces, las **ANP** son creadas por normas específicas, las cuales conforman el **SINANPE**.

Ahora bien, considero que es preciso señalar el rol del **SINANPE**, el cual es coadyuvar con el desarrollo sostenible mediante la custodia de importantes especímenes de la variedad biológica. Así también, el **SINANPE** está conformado por las **ANP** de

administración nacional, de acuerdo con el Reglamento de las **ANP** (Presidencia de la República, Reglamento de la Ley de las **ANP**, 2001).

Tal como hemos desarrollado, el marco regulatorio de las **ANP** involucra diversos dispositivos normativos. De ellos, podemos concluir que la finalidad de estas normas fue diseñar un sistema que tutele el medio ambiente y los recursos naturales que lo conforman, sean estos renovables o no, así como contribuir al derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y sin lugar a duda, brindar seguridad respecto a las actividades permitidas realizadas en estas áreas, para quienes habiten en ellas y para quienes estén encargados de su tutela. Cabe señalar, que estas normas deben ser implementadas en armonía con los derechos de los **Pueblos** con el fin de no modificar su estatus jurídico ni afectarlos directamente.

Ahora bien, en el año en el que suscitó el conflicto, la Ley de **Consulta**, no se había promulgado por lo que, para el presente análisis, debe considerarse no sólo la normativa interna, sino también dispositivos internacionales que recogen los derechos de los **Pueblos**, como el **Convenio** y estándares del **SIDH**. Es allí donde debe hallarse la armonía entre la implementación de los mecanismos para tutelar a los recursos naturales de las **ANP** en el **DL 1079** y la **Consulta** establecida en el **Convenio**.

¿Qué son las ANP, cuáles son sus niveles de administración y cómo están clasificadas en el ordenamiento jurídico peruano?

En línea con lo expuesto, las **ANP** son áreas biológicamente multi diversas, territorialmente reconocidas, delimitadas y declaradas por el Estado. Estas preservan una gran variedad de flora, fauna, formaciones geológicas, santuarios históricos, e incluso algunas de ellas son habitadas por **Pueblos**, antes de la época de la Colonia. “Cabe señalar que cada una de las **ANP**, cuenta con una autoridad máxima y un equipo de personal capacitado orientados a protegerlas, de acuerdo con lo señalado en los documentos de planificación de las **ANP**” (Mejorada Chauca, 2008, pp. 426).

Respecto con lo señalado, puedo sostener que el equipo de personas que integra este grupo para el manejo de las **ANP**, debe estar profesionalmente capacitado así como tener experiencia en el trato y conversación ambiental, tal es el caso de los

guarda parques, quienes están a cargo de la labor de fiscalización de lo que ocurre en cada **ANP**, para que de esta forma, no se incurra en error o infracción al momento de realizar estas fiscalizaciones y se realicen adecuadamente y de forma proporcional, sin afectar los derechos de los intervenidos.

Ahora bien, las **ANP**, debido a su naturaleza, se encuentran administradas por el Estado y son reconocidas como patrimonio de la Nación, tal como dispone la Constitución en su artículo 66 y se encuentran reguladas por un marco jurídico propio.

Al respecto, el artículo 68 de la **Constitución** señala que, “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.

Ahora bien, del artículo previamente citado, podemos colegir la importancia de la variedad biológica en nuestro país, los recursos naturales y por ende de las **ANP**. Debido a dicha importancia, es que merecen una especial atención y tutela, como se mencionó en el primer párrafo y no solo por mandato constitucional o porque existan diversas leyes que tienen como finalidad la preservación a perpetuidad de estas sino porque contribuyen a un ecosistema sostenible.

En este contexto, nuestro ordenamiento jurídico, ha definido a las **ANP**, bajo los siguientes términos:

Ley No. 26834, define a las **ANP** como:

“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”.

Al respecto, el profesor Ramón Huapaya señala que “en las definiciones legales anteriores concurren, tres elementos de un espacio protegido: i) el físico, o una reunión de circunstancias que hacen referencia a las condiciones naturales del territorio; ii) el formal, o declaración expresa por parte de la autoridad competente,

para que el territorio sea protegido; y iii) el teleológico, o finalidad a la que responde esta declaración y por ende, la creación de la institución” (Huapaya, 2018, pp. 413).

Ahora bien, de lo previamente citado y de lo señalado por Ramón Huapaya, se puede colegir que las **ANP** son espacios o áreas geográficas delimitadas, las cuales reúnen diversas condiciones naturales, respecto de un territorio y además de ello, el Estado las reconoce expresamente.

En este sentido, las **ANP** además de tener esta regulación especial de parte del Estado, constituyen patrimonio de la Nación, por lo que en consecuencia son bienes de interés público. Es así que, del marco regulatorio de las **ANP** y sus definiciones, podemos concluir que su principal finalidad es la tutela de estas áreas y todos sus recursos naturales, así como de las poblaciones que las habitan. En caso se vulneren estos espacios, se estaría contraviniendo el derecho a gozar de un medio ambiente saludable y, en el caso específico de los **Pueblos**, su derecho a la identidad cultural, propiedad y otros afines a estos, lo cual va acorde también a la técnica administrativa de “ordenamiento territorial”, el cual nos señala que es la autoridad administrativa, en este caso el **SERNANP**, el cual debe señalar cuáles actividades van acorde a la naturaleza de las **ANP**, de tal manera que estas zonas y sus alrededores conocidas como “zonas adyacentes”, queden protegidas a fin de proteger todos los recursos de estas áreas. En este sentido, considero que esta técnica busca la armonía entre las actividades que se realicen dentro de las ANP, sus zonas adyacentes y demás actividades realizadas en ellas (Lopez Ramón, 1987, pp. 135).

Entonces, para lograr una tutela efectiva de las **ANP**, se requiere de una suma de esfuerzos de parte de diversas instituciones; de los gobiernos regionales, las organizaciones sociales e incluso de organizaciones internacionales. Por ello, también concluimos que no podemos tener una interpretación aislada del marco regulatorio de las **ANP**, pues “en su implementación pueden confluir los derechos de los **Pueblos** que también ameritan respeto y protección” (Huapaya, 2018, pp. 409).

Niveles de administración de las ANP

Ahora bien, en línea con lo desarrollado respecto al concepto de las **ANP**, resulta necesario tener presente, lo referido a la creación de las **ANP**, las cuales de acuerdo

con la Ley No. 26384, se crean, de acuerdo con su nivel de administración, en tres niveles, estos son las siguientes:

1. Las **ANP** de administración nacional, son todas aquellas que están en gestión directa del **SERNANP** y son parte del **SINANPE**, “estas áreas son trascendentales para nuestro país debido al equilibrio que brindan a nuestro ecosistema y por ende son fundamentales para nuestra nación pues albergan gran parte de la diversidad biológica nacional” (Huapaya Tapia, 2018, pp. 414).

2. Las **ANP** de administración regional, “no tienen tal relevancia para ser consideradas como una **ANP** de nivel nacional, su tutela le corresponde a los Gobiernos Regionales, siempre bajo los parámetros y guía técnica del **SERNANP**” (Huapaya Tapia, 2018, pp. 414).

3. Las **ANP** de conservación privada, están incluidas dentro del **SINANPE**. De hecho, “a solicitud de su propietario se reconocen así. A consecuencia de esto, el propietario se compromete a conservar su diversidad en un plazo mayor a 10 años” (Huapaya Tapia, 2018, pp. 414).

“Con este reconocimiento, el propietario de la **ANP** de conservación privada mantiene su propiedad, pero con la condición de respetar y cumplir algunas exigencias particulares interpuestas por el **SERNANP**. Estas serán obligatorias para él y sus sucesores y deben inscribirse en los registros públicos. Se debe nombrar a una persona que administre la **ANP** y esta designación será comunicada por escrito al **SERNANP**” (Llanos Silvana, 2015, pp.183).

Clasificación de las ANP

Asimismo, es pertinente considerar la clasificación de las **ANP**, estas se clasifican de acuerdo con su condición legal, finalidad y usos permitidos, es así como el artículo 21 de la Ley No. 26834, las clasifica en áreas de uso directo e indirecto y además de ello, cada uno de este tipo de áreas, contiene a las diversas categorías de las **ANP**.

A fin de entender, de forma más clara, la clasificación y categorización de las **ANP**, considero necesario plantear el siguiente cuadro, el cual ha sido elaborado de

acuerdo con el artículo 21 de la Ley No. 26834” y con lo desarrollado por Silvana Llanos (Llanos Silvana, 2015, pp.183):

ANP de uso directo	ANP de uso indirecto
Permiten la extracción de los recursos naturales, principalmente, por los habitantes locales.	Permiten la investigación científica no manipulativa, el turismo y la recreación, no estando permitida la extracción de recursos, ni las modificaciones o transformaciones del ambiente natural.
Categorías de las ANP:	
Reservas Nacionales; Reservas Paisajísticas; Refugios de Vida Silvestre; Reservas Comunales; Bosques de Protección; y, Cotos de caza.	Parques nacionales; Santuarios nacionales; y, Santuarios históricos.

Ahora bien, una vez desarrollado lo correspondiente a la naturaleza de las **ANP**, es necesario preguntarnos qué entidad las protege y establece los parámetros de conservación de las **ANP**.

Al respecto y respondiendo la pregunta realizada en las líneas anteriores, corresponde señalar que es el **SERNANP**, antes INRENA (los cuales se fusionaron, cuando se creó el **MINAN**), el **SERNANP** fue creado el 13 de mayo del 2018, conforme al artículo 1 del Decreto Supremo No. 006- 2017- MINAN (en adelante, el “**DS 006**”), es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno “y ejerce sus potestades públicas, conforme al derecho administrativo” (Huapaya Tapia, 2018, pp. 426).

Los principales órganos del **SERNANP**, se encuentran reglamentados en el **DS 006**, estos le permiten ejercer funciones en materia de gestión y política de las **ANP**, así como el desarrollo y planeamiento del presupuesto.

Finalmente, las funciones principales del **SERNANP**, se encuentran establecidas en el artículo 3 del **DS 006**. Estas se encuentran orientadas a proteger las **ANP**, dirigiéndolas, así como también al **SINANPE**, orientándolas, gestionándolas, normándolas y buscando la coordinación interinstitucional, a fin de cumplir lo establecido por el Estado y asegurar que las **ANP** funcionen adecuadamente como un sistema unitario. Así como también, tenemos a las funciones de sanción y entre ellas, una muy particular que se encuentra dentro del literal c. del Decreto mencionado, la cual se encuentra orientada también a la protección de las **ANP**, esta es la de emitir opinión técnica vinculante para que futuros o potenciales proyectos de construcción en las **ANP**, puedan ser viables, dependiendo de si estas van acorde y en armonía con la naturaleza de estas.

Ahora bien, todas las funciones del **SERNANP** contribuyen a la adecuada conservación, manejo, coerción y coordinación respecto de las **ANP**; sin embargo, coincido con la opinión de Ramón Huapaya en que, de todas las funciones, “son dos las funciones más importantes y fundamentales para un manejo sostenible de las **ANP**, estas son la sancionadora y la función respecto a las opiniones técnicas vinculantes” (Huapaya Tapia, 2018, pp. 426).

Respecto a la función sancionadora, “la Ley General del Ambiente precisó que la potestad sancionadora, respecto a las **ANP**, le corresponde al **SERNANP**, es así como puede aplicar, las siguientes sanciones: amonestación; clausura; comiso; multa; y, suspensión de cualquier autorización” (Solano, 2013, pp. 17-18).

Por otro lado, respecto a las opiniones técnicas vinculantes, Ramón Huapaya considera que esta función es “la auténtica función de tutela de las **ANP**, esta se da mediante las opiniones técnicas vinculantes emitidas por el **SERNAP**” (Huapaya, 2018, pp.428- 435).

Ahora bien, de acuerdo con lo desarrollado, considero que tanto la función sancionadora como la función que tiene el **SERNANP** de emitir opiniones técnicas son de especial importancia para la tutela de las **ANP**, tal como señalé líneas arriba,

ya que la función sancionadora tiene como objetivo también ser disuasiva respecto de quienes tienen la intención de atentar o extraer bienes que se encuentran en las **ANP** y además establece reglas claras respecto a cada una de las medidas que serán tomadas en caso se tomen acciones que vayan en contra de la integridad de las **ANP**.

Respecto a las opiniones técnicas vinculantes, estas protegen a las **ANP**, de las actividades extractivas y de infraestructura que no sean acorde con la naturaleza y finalidad de las **ANP** o sean actividades incompatibles con estas, con estas opiniones técnicas emitidas por el **SERNANP**, se evitará que aquellas actividades incompatibles no reciban un título habilitante y también considero que esta es una forma evitar conflictos sociales y ambientales que tanto han golpeado a nuestro país, pues para que el **SERNANP**, otorgue estos títulos habilitantes y para que haya algún tipo de intervención en las **ANP**, que claramente van a afectar a las poblaciones que habitan en estas zonas se debe realizar el proceso de **Consulta** ya que actividades como la extractiva o de infraestructura van a afectar ineludiblemente el estatus jurídico de estos **Pueblos**, lo que no ocurre en el caso de análisis, tal como se está desarrollando.

Segundo problema secundario: ¿Los mecanismos de recuperación de los recursos naturales de las **ANP**, regulados en el **DL 1079**, afectan la **Consulta** de los **Pueblos**?

Para poder comprender si los mecanismos establecidos en el **DL 1079** afectan los derechos de los **Pueblos**, es necesario desarrollar la figura de la recuperación administrativa de bienes ambientales, esta “se encuentra definida como: “La realización de actos posesorios indispensables con la finalidad de recuperar los especímenes, productos o subproductos, o, bienes abióticos; en estos casos no es necesario realizar un procedimiento administrativo previo” (Mejorada Chauca, 2008, pp. 283).

En este contexto, es preciso señalar que este procedimiento de recuperación administrativa debe realizarse bajo los parámetros de proporcionalidad para que de esta manera los derechos de quienes sean intervenidos sean respetados.

Ahora bien, de acuerdo con el profesor Martín Mejorada, “esta potestad de recuperación que tiene el Estado se encuentra respaldada por el principio de la auto

tutela la cual justifica la facultad de tomar acción directa para recuperar bienes sustraídos de las **ANP**” (Mejorada Chauca, 2008, pp.264).

Al respecto, “debe quedar claro que esta figura, como bien se señaló debe darse bajo los parámetros de proporcionalidad y siempre debe llevarse a cabo por una autoridad competente, la cual a través del acta de intervención deja constancia del procedimiento llevado a cabo, lo cual es importante señalar que no impide que los fiscalizados luego de esta intervención puedan iniciar un procedimiento administrativo, en caso de no estar de acuerdo con esta. Sin duda, este es un procedimiento que sí garantiza un derecho de defensa, aún este sea mínimo, el cual se encontrará respaldado por lo argumentos usados por estos cuando se realice este procedimiento, lo cual quedará expresamente en el acta mencionada. Cabe señalar que lo importante, de estas intervenciones es que encuentren respaldadas por elementos materiales que respalden dicha intervención” (Mejorada Chauca, 2008, pp.265-266).

A fin de responder de forma integral a la presente pregunta, considero necesario señalar que el **DL 1079** regula el tratamiento a los especímenes, productos y subproductos recuperados o abandonados en las **ANP**.

En el Reglamento del **DL 1079** y su **Directiva** se exceptúa la posesión derivada de usos tradicionales siempre que no contravengan las disposiciones legales que rigen la gestión de las **ANP** y además se exceptúa de estas intervenciones a los **Pueblos**. Entonces, de una interpretación sistemática entre el **DL 1079**, su reglamento y la **Directiva**, las actividades de recolección y caza, con fines de subsistencia y autoconsumo, así como la posesión de especímenes, productos o subproductos, con fines de subsistencia y autoconsumo, se refieren a aquellas actividades y bienes de los **Pueblos**, es decir, a los recursos naturales en su territorio.

Teniendo en consideración lo anterior el debate se centra en determinar si esta norma, que hace una referencia a los recursos de los **Pueblos**, debió ser sometida a la **Consulta** o no. Al respecto, considero que la exclusión puede analizarse desde dos perspectivas: (i) si la exclusión del ámbito de aplicación afecta a los derechos de este colectivo y, por ende, debe ser sometido a **Consulta**; o (ii) si la exclusión del ámbito

de aplicación no afecta a los derechos de este colectivo y, por ende, no debe ser sometido a **Consulta**.

Para responder esta interrogante, debemos considerar que el derecho de **Consulta** se aplica solo si existe una afectación directa e inmediata a los derechos de los **Pueblos**. Entonces, si la propia norma (el **DL 1079**, su Reglamento y su **Directiva**) retira un supuesto de hecho de su ámbito de aplicación (los recursos naturales de los **Pueblos**), entonces no existe ninguna consecuencia jurídica. Entonces, no existiría ninguna afectación directa e inmediata y, por ende, no debería ser sometida a **Consulta**.

Finalmente, puedo mencionar que el **DL 1079** tiene una particular importancia para la tutela de los bienes naturales que se encuentran dentro de las **ANP** ya que establece medidas para la recuperación administrativa de bienes, señalando quién es la autoridad competente para realizarlo, además de ello planteando principios que van en pro de la defensa de las **ANP** y del fortalecimiento del régimen jurídico de protección de los recursos naturales, contando con mecanismos de actuación inmediata ya que los recursos naturales, podrían verse afectados y además esta pregunta ayudará a responder si existe o no afectación a los **Pueblos** y por ende si se debió realizar el proceso de **Consulta**.

Tercer problema secundario: ¿Cuál es la ubicación del **Convenio 169** en el ordenamiento jurídico peruano conforme a la **Constitución** y a los tratados?

A fin de continuar con el análisis de la constitucionalidad del **Decreto 1079**, debe comprenderse de forma clara el rango legal y la naturaleza del **Convenio** en nuestro ordenamiento, para ello haré un breve repaso de la Convención de Viena (en adelante, la "**Convención**"), a fin de determinar la aplicación del **Convenio**.

El artículo 26 de la **Convención**, establece lo siguiente:

26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

En el artículo citado se establece de manera textual que la **Convención** impone a los Estados Parte de este tratado la obligación de cumplir con todo lo dispuesto de buena fe, sin excepción.

Al respecto, el **Convenio**, de acuerdo con la **Convención**, es un tratado independientemente de su denominación, de acuerdo con:

“2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional”

Por tanto, el Perú no puede sustraerse de él invocando alguna norma de derecho interno. De hecho, el artículo 27 de la **Convención**, señala que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Tal como señala Novak Talavera “la norma internacional siempre prima en caso de conflicto, independientemente de la voluntad de éste y de lo que establezca una disposición constitucional” (Novak Talavera, 1994, pp. 80).

Por tanto, es evidente que el **Convenio** es un tratado y debe ser cumplido por el Perú sin sustraerse de este invocando normas de derecho interno. Por esta razón, no es admisible el argumento del **Procurador** quien señala que no había ninguna norma que establezca directrices para su determinación ni un procedimiento para llevar a cabo la **Consulta**.

Más aún si los tratados se incorporan inmediatamente al ordenamiento jurídico nacional. “En efecto, existen dos teorías sobre ello: (i) teoría monista; y (ii) teoría dualista” (Abugattas Giadalah, 2006, pp. 445-447).

De hecho, en el artículo 55 de la **Constitución** se estableció que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En ese sentido, estos se incorporan de inmediato al ordenamiento jurídico nacional, por lo que en el Perú se adoptó la teoría monista ya que esta señala que “una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse acto alguno este entra en vigor internamente” (Abugattas Giadalah, 2006, pp. 445).

Al respecto, el **TC** ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a ello, señalando que “son Derecho eficaz, válido y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al ordenamiento jurídico” (Tribunal Constitucional, 2004, FJ 21).

Ahora bien, la realidad es que “la cuarta disposición transitoria no menciona ni trata el rango constitucional en favor de las normas contenidas en tratados relativos a derechos humanos” (Novak Talavera, 1994, pp. 91). Es más, para esto, “se debe recurrir al artículo 3 de la Constitución que contiene una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales. Posteriormente, es necesario acudir también a la cuarta disposición final y transitoria. Esto nos permitirá concretar a los derechos humanos “(Neves Mujica, 1999, pp. 197).

El **TC** ha señalado sobre el **Convenio** que “al aprobar este, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional y en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el **Convenio** complementa normativa e interpretativamente, las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas” (Tribunal Constitucional, 2007, FJ 31).

El **Convenio** se dirige a reconocer los derechos de los **Pueblos**, por lo que es un tratado de derechos humanos y al ser ratificado, se encuentra vigente y es vinculante desde el año 1995. En ese sentido, desde dicho año forma parte del Derecho Nacional y sirve para concretar las cláusulas constitucionales sobre los **Pueblos**.

En consecuencia, el **Convenio** se incorpora dentro del “bloque de constitucionalidad” que se encuentra integrado por los “derechos de origen constitucional, así como los de fuente internacional, aquellos que precisan de una Ley o pronunciamiento judicial (o de configuración legal y jurisprudencial), y aquellos que se encuentran implícitos del artículo 3 de la Constitución” (Landa Arroyo, 2018, pp. 112). Por este motivo, en caso de alguna vulneración al **Convenio**, estaríamos ante una situación de inconstitucionalidad, tal como señala Ruiz Molleda, “incluso en el caso que una norma reglamentaria atente contra este bloque vulnerando de manera indirecta la Constitución” (Ruiz Molleda, 2012, pp. 28).

¿Cómo se ha recogido el derecho a la consulta previa e informada en el ordenamiento jurídico peruano?

Nuestro ordenamiento ha recogido el derecho de **Consulta** a través del **Convenio**. Sin embargo, este derecho no fue implementado en sede nacional hasta el 7 de setiembre de 2011, con la publicación de la Ley No. 29785.

Es decir que, desde el 14 de enero de 1994, año en que se ratificó el **Convenio**, hasta el 7 de septiembre de 2011, no existió ninguna ley que desarrolle los lineamientos de la **Consulta**. Sin embargo, esta situación no impidió que este derecho sea reconocido y, por lo tanto, exigible en sede nacional. De hecho, el **Convenio** en su artículo 6, establece los parámetros para realizar la **Consulta**.

Adicionalmente, en el **SIDH** se desarrollaron una serie de estándares que se deben cumplir para realizar el proceso de **Consulta**, los cuales son los siguientes:

- a) **Las consultas se deben realizar con carácter previo**: Las consultas se deben realizar en las primeras fases del plan de inversión. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, FJ 133)
- b) **Las consultas deben realizarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo**: No debe existir algún vestigio de coerción ni se debe pretender la desintegración de la cohesión social. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, FJ 186)
- c) **Las consultas deben ser adecuadas culturalmente**: Se deben respetar y seguir las costumbres de las comunidades. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, FJ 133)
- d) **Las consultas deben ser informadas**: Los pueblos indígenas deben conocer los riesgos potenciales del plan propuesto. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, FJ 208)

Finalmente, es preciso señalar que no existe la obligación de llegar a un acuerdo en el proceso de **Consulta**. Sin embargo, hay situaciones en las que la **CIDH** exige que este sea obtenido, en el Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam, la **CIDH** estableció que “en casos de planes de inversión de gran envergadura, el Estado tiene

la obligación de hacer la respectiva consulta y de obtener el consentimiento libre, informado y previo, de acuerdo con la cultura y cosmovisión de los consultados” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, FJ 134). Por tanto, cuando se vaya a desarrollar un proyecto a gran escala que afectaría, indudablemente, el estatus jurídico de los **Pueblos**, siguiendo los lineamientos establecidos por el **Convenio**, sí será necesario realizar la **Consulta** y obtener su consentimiento, lo que no ocurre en el caso de análisis.

Sin embargo, ante la ausencia de alguna norma que desarrolle la **Consulta**, es importante que “el **TC** haya establecido pautas para ello iniciando con la determinación de la medida susceptible de afectar a los **Pueblos** directamente; identificar a estos a fin de notificarlos para participar en la **Consulta** e iniciar con una etapa de negociación y en caso de no obtener el consentimiento, proseguir con una segunda etapa de esta” (Tribunal Constitucional, 2010, FJ 41).

Finalmente, y como se señaló anteriormente, el 7 de setiembre de 2011 se publicó la Ley No. 29785 reconocida en el **Convenio**; y, posteriormente, el 3 de abril de 2012 se publicó el Decreto Supremo No. 001-2012-MC, Reglamento de la Ley No. 29785, reconocido también en el **Convenio**. Es así, como se terminó de implementar la **Consulta** en el Perú.

Ahora bien, a fin de continuar con el presente Informe, es necesario establecer los supuestos en los que este derecho es aplicable. Así, podremos tener certeza si al momento de emitir el **DL 1079** se debió implementar la **Consulta** a los **Pueblos**.

Cuarto problema secundario: ¿El Estado peruano debió realizar la **Consulta** a los **Pueblos**, ubicados en las **ANP**, de acuerdo con lo establecido en el **Convenio**, en el marco del **DL 1079**?

La **Consulta** se debe realizar cuando estemos ante una medida legislativa o administrativa que pueda afectar a los **Pueblos** directamente. Para ello, el **TC** consideró que existen tres tipos de estas medidas que serían susceptibles de afectar a los **Pueblos**, pero no a todas se les debe aplicar la **Consulta**:

- a) “Aquellas dirigidas a regular aspectos relevantes de los **Pueblos**, en donde la consulta será obligatoria, por afectación directa” (Tribunal Constitucional, 2010, FJ 21).
- b) “Cuando las medidas legislativas pretendan regular la conducta de todos los ciudadanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los **Pueblos**, lo que no implicaría una afectación directa” (Tribunal Constitucional, 2010, FJ 20).
- c) “Aquellas medidas de alcance general que establezcan en algunos puntos referencias normativas que modifiquen directamente la situación jurídica de los miembros de los **Pueblos**, sí se debe realizar la Consulta” (Tribunal Constitucional, 2010, FJ 21).

En el presente caso, el **DL 1079** no afecta directamente a los **Pueblos** pues este Decreto, no acarrea ninguna consecuencia que modifique o suprima la situación jurídica de los **Pueblos**. Esto fue advertido por el **TC** al considerar que “las normas contenidas en el decreto legislativo bajo cuestionamiento no afectan de manera directa la situación jurídica de los pueblos indígenas ya que regulan cuestiones relativas a la competencia de una entidad estatal y recogen principios que pretenden la tutela de las **ANP**” (Tribunal Constitucional, 2010, FJ 6).

En efecto, el **TC** consideró que el **DL 1079** no afecta directamente a los **Pueblos**. Precisamente, a lo largo del presente Informe se han demostrado los aspectos que regulan el **DL 1079**, los cuales resumo de la siguiente manera:

- **El DL 1079 regula la competencia de una entidad estatal**

Al revisar el **DL 1079**, se establece al **SERNANP** como autoridad competente para administrar a las **ANP**. En caso exista alguna superposición de funciones, prevalecen aquellas otorgadas por el **MINAM**, de acuerdo con el artículo 2 del **DL 1079**.

Tal como se señaló previamente, el **SERNANP** es un organismo técnico y especializado. Es así que otorgarle competencias a este, no afecta de manera directa e inmediata a los **Pueblos** pues tan solo compete a la organización del Estado. En

consecuencia, considero correcta la afirmación del **TC** al señalar que esta disposición no requiere del procedimiento de **Consulta**.

- **El DL 1079 establece principios que tutelan y garantizan las ANP**

Por otro lado, el **DL 1079** estableció los siguientes principios, a los cuales se les aplican supletoriamente los siguientes principios administrativos señalados en la Ley de Procedimiento Administrativo General: (i) El principio de prevención, tomar acción respecto de una actividad que pueda significar un daño potencial; (ii) El principio de dominio eminential, es el Estado quien ostenta el dominio respecto del aprovechamiento de los bienes naturales; (iii) El principio de protección administrativa, es la Administración quien tutela el dominio eminential mediante acciones de auto tutela; y, (iv) El principio de gobernanza ambiental, orienta las políticas públicas a fin de manejar conflictos y generar consensos .

En ese sentido, se puede advertir que tan solo se emitieron dispositivos que determinan principios para la tutela y garantía de las **ANP**. Por ello, estamos frente a una Ley que establece dispositivos de alcance general, que en ningún punto tiene alguna referencia específica a los **Pueblos**.

Al respecto, es necesario considerar que “la **CIDH** estableció en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador que, para la realización de proyectos de gran envergadura, que incida en su territorio o en aspectos esenciales de su vida e identidad, se les deberá consultar de manera previa, adecuada y efectiva” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, FJ 299).

Lo expuesto es un precedente vinculante derivado de una situación donde la comunidad se vio expuesta a una serie de explosivos para la extracción de recursos naturales. En ese sentido, implica una afectación directa, pues se afectan aspectos esenciales de esta comunidad.

Por ello, es legítimo preguntarse, además del análisis realizado por el **TC**, si el establecimiento de principios administrativos referidos a recursos naturales ubicados en las **ANP** afecta la cosmovisión e identidad cultural de los **Pueblos**. La respuesta indudablemente es negativa porque se dirige a que los particulares internalicen los riesgos de su actividad (principio de prevención); la forma de otorgar derechos y

protección de los recursos renovables (principio de dominio eminential y protección administrativa); y el diseño de políticas públicas (principio de gobernanza ambiental). En ningún momento estos principios atentan contra los **Pueblos**, por lo que no es exigible la **Consulta** ya que como bien se señaló no existe una afectación directa ni inmediata a los **Pueblos**, así como tampoco se afecta su cosmovisión y vida, es decir no hay ninguna consecuencia material ni jurídica para ellos.

Más aún si el Estado tiene la potestad exclusiva para decidir sobre el aprovechamiento de los recursos naturales, sean estos renovables o no. Tan es así que en los artículos 66 y 68 de la **Constitución**, se establece que el Estado es soberano respecto de los recursos naturales y que debe promover la diversidad biológica de las **ANP**.

Por ende, si bien se respeta a los **Pueblos** en nuestro ordenamiento, ni la norma los afecta directamente ni estos pueden decidir sobre las políticas de aprovechamiento de los recursos naturales, a menos que se les afecte directamente en su territorio, que no es el caso. Por lo que el Estado no debió realizar el proceso de **Consulta** a los **Pueblos** ubicados en las **ANP**; y, en consecuencia, al emitirse el **DL 1079** no se vulnera el **Convenio 169**.

Ahora bien, podemos sostener, de acuerdo con los argumentos señalados en el presente Informe, que el **Convenio**, se encontraba vigente cuando se suscitó la demanda de inconstitucionalidad contra el **DL 1079**.

El **Convenio**, establece parámetros para conocer si se debía o no realizar la **Consulta**, sin embargo; al no cumplirse con los requisitos para efectuarla, esta no se realizó y se procedió a promulgar el señalado Decreto, pues este, así como su Reglamento y **Directiva**, no implicaban una afectación directa e inmediata a los **Pueblos**, ya que la emisión de este Decreto no suponía un cambio en la vida e identidad de estos colectivos, por lo que a pesar de estar vigente el **Convenio** en nuestro ordenamiento no era posible realizarla, además de ello, el **TC**, así como la **CIDH** y el **SIDH**, establecían también estándares para que esta se lleve a cabo, sin embargo, tampoco iban acorde al conflicto.

Por lo tanto, a lo largo de este Informe se ha mantenido la postura de la constitucionalidad del **DL 1079**, basándonos no solo de normativa, jurisprudencia y doctrina interna sino también internacional.

Por último, considero que la **Consulta** es un derecho importante en todo ordenamiento que busca una cultura de paz, sin embargo; esta debe realizarse cuando exista un conflicto que vaya a afectar a la cosmovisión de los **Pueblos**, es decir cuando vaya a existir una afectación directa o potencial.

VI. Conclusiones

1. El **DL 1079** es constitucional ya que establece la organización y competencias del **SERNANP** y los principios para la recuperación del patrimonio de las **ANP**. En consecuencia, las medidas establecidas en dicho Decreto no afectan directa ni inmediatamente a los **Pueblos**.
2. Las **ANP** son áreas expresamente reconocidas, delimitadas y declaradas por el Estado, las cuales cuentan con un marco normativo específico, son consideradas patrimonio nacional y por ende de interés público. Estas tienen una clasificación y zonificación especial debido a su naturaleza y el organismo encargado de velar por su tutela es el **SERNANP**.
3. El **DL 1079**, establece principios para preservar a las **ANP** y dentro de ellos se encuentra el mecanismo de recuperación de bienes extraídos de las **ANP**, el cual es un proceso automático que favorece la tutela de las **ANP**.
4. El **Convenio** es un tratado de derechos humanos que se dirige a reconocer los derechos de los **Pueblos**, fue ratificado el 2 de febrero de 1994, por lo que sus compromisos son exigibles y es aplicable a esta controversia.
5. El derecho a la **Consulta** se reconoció en el **Convenio** e incorporó al Estado Peruano desde el momento en que fue ratificado. Sin embargo, no existió un

desarrollo interno, por lo que fue necesario recurrir a los elementos y características establecidas en el **SIDH** para evaluar si el **DL 1079** era inconstitucional.

6. El **TC** recogió las consideraciones del **SIDH** y elaboró las características y elementos aplicables a un proceso de consulta previa estableciendo las siguientes:
 - a) buena fe; b) flexibles; c) tener como objetivo el llegar a un acuerdo; d) ser transparentes; y, e) darse de forma previa. Asimismo, estableció pautas para realizar la **Consulta** teniendo como punto de partida la determinación de la medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar a los **Pueblos** directamente, luego determinar a los posibles afectados, ello tiene como finalidad de notificarlos adecuadamente para de esta forma asegurar su participación.
7. El **DL 1079** no afectó de manera directa a los **Pueblos** tal como lo estableció el **TC**, porque se trata de una norma de alcance general. En ese sentido, no era necesario implementar un proceso de **Consulta** antes de que se expida el **DL 1079**. En consecuencia, su emisión no es inconstitucional ya que no atenta contra el **Convenio 169** que forma parte del bloque de constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA Y PUBLICACIONES

AGUADO MARTÍNEZ, Miguel Ángel

2009 “La concesión minera: jurisdicción”. *Revista de derecho administrativo*, N° 8, pp. 25-45.

ALVAREZ-GENDIN, Sabino.

1956 “El Dominio Público. Su Naturaleza Jurídica”. España: Barcelona. pp. 41-45.

BUGATTÁS GIADALAH, Gattas

2006 “Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?”. *Agenda Internacional*. Lima, año XII, número 23, pp. 439-461.

CARRIÓN, Patricia

2012 “*Consulta Previa: Legislación y aplicación*”. Ecuador: Quito

Recuperado de: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=2a1b99f9-a01d-f1c7-fa1c-30514a7c92f5&groupId=252038

Castillo, Satalaya, Paredes, Encalada y Rodríguez

2021 “Las Áreas Naturales Protegidas en el Perú: Fortalecimiento de la gobernanza en el marco de la Agenda 2030 y los ODS” en *Contraloría General de la República*. Lima: 2021 pp. 38.

Recuperado de: [https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/PAPER_AREAS_NATURALES_PROTEGIDAS\(ANP\).pdf](https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/PAPER_AREAS_NATURALES_PROTEGIDAS(ANP).pdf)

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

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

FONSECA SARMIENTO, Carlos Alberto

2022 “El control de constitucionalidad en Latinoamérica”. *Advocatus*. Lima, número 42, 277-291. Recuperado de: <https://doi.org/10.26439/advocatus2022.n042.5768>

GARCÍA TOMA, Víctor

2005 “El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas-interpretativas (normativas)”. *Laborem*. Lima, año 2005, número 5, pp. 12-80.

Recuperado de: <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem5.pdf>

GÁLVEZ LLANOS, Silvana

2015 Áreas naturales protegidas, una mirada al desarrollo regulatorio en los últimos años. *Revista De Derecho Administrativo*. Lima, 2015. 15°, pp. 181-198. Consulta: 12 de octubre de 2022

Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15176>

HENDERSON, Humberto

2004 “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”. *Revista IIDH*. San José, número 39, pp. 71-99.

HUAPAYA TAPIA, Ramón

2018 “La técnica de los informes vinculantes para la protección de las áreas naturales protegidas en el derecho peruano”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Lima, 2018. XVII, pp. 405-438.

2014 “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”. *Revista De Derecho Administrativo*. Lima, 2014. 14, pp.327-339.

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

KELSEN, Hans

1993 “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”. *Ius et Veritas*. Lima, año 4, número 6, pp. 81-60.

Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15379>

LANDA ARROYO, César

2018 *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

LOPEZ RAMON, Fernando

1987 “Planificación Territorial”. En *Revista de Administración Pública*. pp. 127-177. Consulta: 25 de noviembre de 2022. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/16948.pdf>

MEJORADA CHAUCA, Martin

2008 “Defensa de bienes en Áreas Naturales Protegidas “. *Derecho & Sociedad*, . Lima, 2008, 30, pp. 257-271. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17356>

MINISTERIO DE CULTURA

2016 “*Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*”. Perú:Lima. Recuperado de: [derechos-colectivos.pdf \(cultura.pe\)](#)

S/A “*Consulta previa*”

Recuperado a partir de: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/etapas/etapa-1-identificacion-de-la-medida-consultar>

MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo y Raúl FEIJÓO CAMBIASO

2015 “El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos”. *Ius et Veritas*. Lima, año 24, número 50, pp. 314-343. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14824>

MORALES HURTADO, Jessica

1996 Marco jurídico para la sostenibilidad de la diversidad biológica en áreas naturales protegidas : Parque Nacional del Manu”. Perú: Lima

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2011 “Preocupaciones sobre los organismos administrativos independientes dentro del Poder Ejecutivo peruano”. *Ius Et Veritas*. Lima, año 21, número 43, pp. 230-258. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12063>

MÉNDEZ VERGARA, Elías

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

NOVAK, Fabián

2005 “*La Constitución Comentada, análisis artículo por artículo. Tomo I*”. Perú: Lima

1994 “Los tratados y la Constitución Peruana de 1993”. *Agenda Internacional*. Lima, año 1, número 2, pp. 71-94. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7133>

PULGAR VIDAL, Manuel

2008 Los recursos naturales, el derecho y la visión de desarrollo. *Ius Et Veritas*. Lima, 2008, pp. 398-409.

Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12268>

2009 El aprovechamiento de los recursos naturales y los usos del territorio. Revista De Derecho Administrativo. (7). Lima, 2009 pp.462-470.

Recuperado

de:<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14042>

SANDOVAL AGUIRRE, Oswaldo

1997 *Ley de Naturales Protegidas*. Lima: ALI Arte Gráfico

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL

2008 Legislación sobre comités de gestión de áreas naturales protegidas del Perú. Lima

2002 Compendio de Legislación de Áreas Naturales Protegidas. Lima: ISBN

S/A “Reflexiones en torno a la sentencia que declara la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1079”. Recuperado de:

<https://legislacionnp.org.pe/publicaciones/reflexiones-en-torno-a-la-sentencia-que-declara-la-constitucionalidad-del-decreto-legislativo-1079/#:~:text=El%20pasado%20de%20octubre%20del%20presente%20a%20garantizar%20el%20manejo%20sostenible%20de%20los%20recursos%20naturales.>

SOLANO, Pedro

2009 “Marcos regulatorios nacionales de áreas naturales protegidas”. Lima
Recuperado de: <https://docplayer.es/10836901-Marcos-regulatorios-nacionales-de-areas-protegidas-peru-pedro-solano.html>

2013 “Legislación y conceptos aplicables a las áreas naturales protegidas en el Perú”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Lima, 2013. 70°, pp. 143-164.

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

RUIZ, Juan Carlos

2011 *Guía de interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley No. 29785)*. Lima: Bellido Ediciones EIRL

SANBORN, HURTADO, RAMÍREZ

2016 “La consulta previa en el Perú: avances y retos”. Lima, 2016. pp.12
Recuperado de: <https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1195/DI6.pdf>

SERVICIOS DE COMUNICACIÓN INTEGRAL

2022 Perú: Constitución Política y Tratados de Derechos Humanos: Una mirada al Convenio 169 de la OIT. (n.d.).Recuperado de: <https://www.servindi.org/actualidad/3450>

ZAGREBELSKY, Gustavo

2011 “*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*”. Madrid: Trotta.

NORMATIVA

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

1993 *Constitución Política del Perú*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1997 *Ley No. 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas y su Reglamento*

1997 *Ley No. 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*

2005 *Ley No. 28611, Ley General del Ambiente*

2011 *Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2007 *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*

2010 *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.*

2012 *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.*

MINISTERIO DEL AMBIENTE

2008 *Decreto Supremo No. 008-2008-MINAM*

2008 *Decreto Supremo No. 006-2008-MINAM*

2010 *Decreto Supremo No. 004-2010-MINAM*

MINISTERIO DE CULTURA

2017 *Resolución Ministerial No. 365-2017-MC*

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1989 *“Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales”*. Ginebra, 27 de junio de 1989.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

1969 *Convenio de Viena*. Viena, 23 de mayo de 1969

Recuperado

de:

<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHO%20DE%20LOS%20TRATADOS%201969.pdf>

PODER EJECUTIVO

2008 *Decreto Legislativo No. 1079*

2019 *Decreto Supremo N° 004-2019-JUS , Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley del Procedimiento Administrativo General*

JURISPRUDENCIA

2002 *Expediente No. 027-2002- HC/ TC*

2004 *Expediente No. 0047-2004/AI-TC*

2005 *Expedientes No. 00025-2005-PI/TC y No. 00026-2005-PI/TC (acumulados)*

2005 *Expedientes No. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados)*

2007 *Expediente No. 03343-2007-PA/TC*

2009 *Sentencia No. 05427-2009-PA/TC*

2019 *Sentencia No. 03066-2019-PA/TC*

Corte Constitucional de Colombia

2008 *Sentencia C-030/ 2008*

EXP. N.º 0023-2009-PJ/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, contraviéndose así los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio N.º 169.

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 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 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 eminential 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.

Acerea 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 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 ser 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 inexistente 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.

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 periodo 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.
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 se declarada inconstitucional, de lo contrario, si es que se determina que la norma no implica tal tipo de afectación, entonces tendrá que se 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 prevén 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 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 N.º 169 establece la posibilidad de que los
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 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 eminencial* 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 N.º 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