

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



"El Derecho a la Consulta Previa en Proyectos de  
Infraestructura Eléctrica: Análisis del Caso 'Línea de  
Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones  
Asociadas'"

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

Meyci Shessira Gambini Rojas

Asesor:

Janinne Betzabeth Delgado Silva

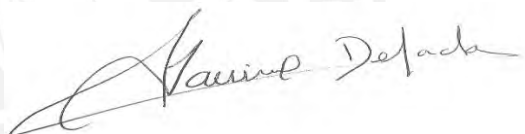
Lima, 2024

## Informe de Similitud

Yo, DELGADO SILVA, JANINNE BETZABETH, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado **“El Derecho a la consulta previa en Proyectos de Infraestructura Eléctrica: Análisis del Caso “Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas”**”, del autor(a) GAMBINI ROJAS, MEYCI SHESSIRA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de julio del 2024

DELGADO SILVA, JANINNE BETZABETH	
DNI: 25778567	Firma: 
ORCID:  <a href="https://orcid.org/0009-0004-7138-8839">https://orcid.org/0009-0004-7138-8839</a>	



*Dedicatoria*

*A mi familia. Gracias por ser mi soporte y siempre creer en mí.*

## **RESUMEN**

Este trabajo analiza la importancia de la consulta previa en proyectos de infraestructura que afectan a los pueblos indígenas en Perú, centrándose en el caso del proyecto de la Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas. La relevancia de esta investigación radica en su complejidad y el impacto en los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como en la necesidad de equilibrar el desarrollo económico con la protección de estos derechos.

Mis objetivos son examinar si se ha respetado el derecho a la consulta previa, identificar los principales problemas jurídicos que surgen en este contexto y proponer recomendaciones para mejorar la aplicación de este derecho en futuros proyectos. Quiero lograr un entendimiento más profundo de cómo la consulta previa puede ser una herramienta efectiva para la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, asegurando que sus derechos sean considerados y protegidos adecuadamente, sobre todo cuando se trate de proyectos de infraestructura eléctrica.

La reflexión principal es que la consulta previa debe ser realizada antes de la implementación de cualquier proyecto que pueda afectar los derechos de las comunidades indígenas, respetando la jerarquía normativa y los principios de legalidad para garantizar la protección de sus derechos en todo momento. También se exhorta a que el Estado pueda brindarle a nuestros pueblos indígenas, la protección necesaria para la salvaguarda de sus territorios.

### **Palabras clave**

Pueblos indígenas, consulta previa, proyectos de infraestructura eléctrica.

## ***ABSTRACT***

This study analyzes the importance of prior consultation in infrastructure projects that affect indigenous peoples in Peru, focusing on the case of the 220 KV Moyobamba-Iquitos Transmission Line and Associated Substations project. The relevance of this research lies in its complexity and the impact on the collective rights of indigenous peoples, as well as the need to balance economic development with the protection of these rights.

My objectives are to examine whether the right to prior consultation has been respected, identify the main legal issues that arise in this context, and propose recommendations to improve the application of this right in future projects. I aim to achieve a deeper understanding of how prior consultation can be an effective tool for the participation of indigenous peoples in decision-making, ensuring that their rights are adequately considered and protected, especially in the case of electrical infrastructure projects.

The main conclusion is that prior consultation should be conducted before the implementation of any project that could affect the rights of indigenous communities, respecting the normative hierarchy and principles of legality to ensure the protection of their rights at all times. It is also urged that the State provide indigenous peoples with the necessary protection to safeguard their territories.

## ***Keywords***

Indigenous peoples, prior consultation, electrical infrastructure projects.

## ÍNDICE

DATOS PRINCIPALES DEL CASO	4
1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Justificación de la elección de la resolución	5
1.2. Presentación del caso	10
2. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	12
2.1. Antecedentes	12
2.2. Hechos relevantes del caso	14
3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	20
4. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	21
4.1. Respuestas preliminares	21
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	23
5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	25
5.1. ¿Debería haberse realizado un proceso de consulta previa antes de emitir las medidas administrativas consistentes en otorgar la Concesión del Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas" y otros actos administrativos?	25
5.1.1. La Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú. Ley N° 29785	26
5.1.2. Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	27
5.1.3. La legalidad de la décimo quinta disposición del reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios	28
5.1.4. Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente A. P. N° 29126-2018-Lima	30
5.1.5. Análisis de los subproblemas principales	31
5.2. Problemas secundarios	44
5.2.1. ¿Si no se hubiera declarado la resolución del contrato de concesión, podría haberse afectado el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, comprometiendo así sus derechos colectivos relacionados con sus prioridades de desarrollo y a la tierra y al territorio?	45
5.2.2. En el contexto de los servicios públicos y concesiones eléctricas, ¿representa el proceso de amparo la vía idónea para la tutela de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas? y, además, ¿es preceptivo agotar la vía administrativa antes de presentar una demanda de amparo contra medidas administrativas vinculadas a servicios públicos y concesiones eléctricas?	50
6. CONCLUSIONES	52
7. BIBLIOGRAFÍA	53

**DATOS PRINCIPALES DEL CASO**

<b>No. Resolución o sentencia / nombre del caso</b>	Pleno. Sentencia 461/2023
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho constitucional y derecho de los pueblos indígenas
Demandante / Denunciante	La "Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente (ORPIO)" de Loreto
Demandado / Denunciado	<ul style="list-style-type: none"><li>• Ministerio de Energía y Minas</li><li>• Proinversión (Agencia de Promoción de la Inversión Privada del Perú)</li></ul>
Instancia administrativa o jurisdiccional	Instancia Jurisdiccional
Terceros	la empresa Líneas de Transmisión Peruana SAC
Otros	

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Justificación de la elección de la resolución**

Elegí este expediente en virtud a su complejidad, y relevancia en el contexto del derecho constitucional y los derechos de los pueblos indígenas. Varios aspectos hacen que este expediente sea interesante, sobre todo el hecho de poder utilizar categorías jurídicas, pues se plantea la ponderación entre bienes constitucionales como la seguridad jurídica y la implementación de servicios públicos ante los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Este caso presenta la complejidad necesaria y aborda la cuestión sobre en qué momento debería realizarse la consulta previa, para que sea respetuosa frente a los derechos de los pueblos indígenas, incluso cuando se trate de proyectos de infraestructura que podrían beneficiarlos.

El expediente aborda la cuestión fundamental de la consulta previa a las comunidades indígenas en el marco de proyectos de desarrollo que podrían impactar sus derechos culturales y territoriales. También se plantea la discusión sobre si la consulta previa debe realizarse antes o después del otorgamiento de una concesión eléctrica, pues esto resulta crucial para determinar la protección efectiva de los derechos indígenas en proyectos de desarrollo económico.

En la misma línea, este caso ofrece una perspectiva amplia y profunda sobre los desafíos que enfrenta la sociedad peruana en la protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, los distintos votos de los magistrados Pacheco Zerga, Morales Saravia, Domínguez Haro, Gutiérrez Ticse, Ochoa Cardich y Monteagudo Valdez enriquecen la discusión, proporcionando una diversidad de perspectivas que resulta interesante de analizar. Esta complejidad convierte al expediente en un desafío y una oportunidad única para explorar a fondo cuestiones jurídicas relacionadas con los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, la diversidad cultural y el crecimiento económico sustentable.

En ese sentido, se presentan diversas posturas sobre el momento en el que se debería realizar la consulta previa y se contribuye a la discusión sobre los derechos indígenas y la ejecución de proyectos de infraestructura en materia eléctrica.



Es fundamental señalar que algunas posturas de los magistrados contradicen el precedente establecido en la Acción Popular N°29126. Este precedente, emitido por la Corte Suprema de Justicia, es crucial porque elimina la décimo quinta disposición final del reglamento de la ley de consulta previa, la cual prohibía la realización de consultas previas en casos de servicios públicos e infraestructura.

Aquel es el primer precedente en el Perú que otorga la potestad de realizar consultas previas incluso en el contexto de servicios públicos. Este tipo de servicio está protegido por las leyes del Estado, y este precedente subraya la importancia de consultar a los pueblos indígenas, incluso cuando se trata de servicios que podrían beneficiarlos.

En la misma línea, el precedente de Acción Popular N°29126 también enfatiza la prioridad de excluir aquellas normas que podrían interferir con el derecho a la consulta previa. Asimismo, resalta la importancia de someter a consulta previa cualquier medida administrativa o legislativa que afecte directamente a los pueblos indígenas de nuestro país.

Es decir, se establece que todos los magistrados del territorio, tanto en la rama judicial ordinaria representada por el Poder Judicial como en la constitucional representada por el Tribunal Constitucional, están obligados a realizar de oficio un análisis de conformidad entre las leyes internas y los tratados internacionales.

Este caso nos lleva a reflexionar sobre las deficiencias en la regulación de los servicios públicos en nuestra legislación, especialmente en lo que concierne a la consulta previa de los pueblos indígenas aplicada a concesiones eléctricas. En este contexto, el 12 de mayo de 2011 se dio a conocer el Reglamento del Procedimiento para Implementar el Derecho de Consulta a las comunidades indígenas en relación con las Actividades Minero Energéticas, el cual fue aprobado por el Decreto Supremo No. 023-2011-EM

El primer artículo de este reglamento tiene como objetivo alcanzar un consenso con las comunidades indígenas respecto a las acciones del Sector Minero Energético que puedan impactarlas directamente. Por lo tanto, se requiere que el Estado evalúe si los intereses de los pueblos indígenas podrían verse afectados y en qué grado se daría esta afectación (Martínez, 2011).

Cabe subrayar, que este reglamento fue aprobado para cumplir con una sentencia judicial (Jurisprudencia del TC: Sentencia N.º 5427-2009-PC/TC del 30 de junio de 2010). Sin embargo, a pesar de su aprobación a principios de 2011, no se aplicó, ya que coincidió con el inicio del mandato de Ollanta Humala, quien durante su campaña electoral se comprometió a promulgar una ley de consulta previa.

Por consiguiente, apenas comenzó su mandato, en septiembre del mismo año, se aprobó la Ley de Consulta Previa, seguida por la publicación de su reglamento en mayo del año siguiente. Esto condujo a la sustitución de dicho reglamento, priorizando así la nueva ley de consulta previa y su reglamento.

No obstante, el reglamento derogado establecía los procedimientos y principios para realizar la consulta previa. Específicamente, en su artículo 18, se detalla que para el sector eléctrico se consideran medidas administrativas que pueden impactar directamente a las comunidades indígenas y por lo tanto, requieren consulta: la concesión de permisos temporales y definitivos para la generación y transmisión de electricidad, así como el permiso para la construcción de plantas de generación termoeléctrica (Ramsay 11, 2022).

En nuestro caso particular, el hecho de haberse otorgado una concesión, aunque sea temporal, pone a debate cuál debería ser el momento adecuado para dar aviso de este tipo de proyectos a los pueblos indígenas que podrían verse involucrados.

Es importante precisar que, si bien el Decreto Supremo No. 023-2011-EM no resulta aplicable al caso materia de análisis, puede ser considerado como un antecedente para establecer cómo se han venido regulando las medidas administrativas objeto de consulta previa en el sector eléctrico.

Esto es particularmente relevante considerando que la disposición del reglamento de la Ley de Consulta Previa, que exoneraba a estas medidas administrativas de pasar por consulta previa, fue derogada por el Poder Judicial, con la finalidad de que estas medidas sí sean objeto de consulta previa.

Con la promulgación del Reglamento de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en 2013, se comenzó a aplicar de manera más precisa el derecho a la consulta conforme a los términos

del Convenio 169. Este reglamento establece principios y procedimientos específicos y regulados respecto a la consulta previa en materia de construcciones eléctricas.

Es importante señalar que esta norma estableció que le correspondía a los ministerios y entidades promotoras identificar las medidas administrativas objeto de consulta. En virtud de ello, en 2012, el Ministerio de Energía y Minas emitió la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, la cual identificó de forma más precisa las medidas administrativas objeto de consulta para el sector eléctrico.

Además, es importante mencionar como se ha ido desarrollando la normativa energética en el aspecto de la consulta previa. Es así, que es importante tener antecedentes como la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM en la fecha 20/07/2012, luego la RM 209-2015-MEM/DM en la fecha 04/05/2015, la RM 237-2015-MEM/DM en la fecha 13/05/2015, la DS 021-2018-EM ROF MINEM y las posteriores.

Siendo la última medida administrativa la Resolución Ministerial N° 104-2024-MINEM/DM, la normativa más reciente en cuanto a concesiones eléctricas y pueblos indígenas. Esta resolución identifica las medidas administrativas sujetas a consulta en el sector eléctrico y establece las situaciones concretas en las cuales se debe realizar dicha consulta.

Asimismo, otro de los puntos controversiales del caso es la confusión entre la aplicación de la consulta previa y los procesos de participación ciudadana. Aunque no son procesos completamente diferentes, su finalidad y los bienes jurídicos tutelados son distintos, por lo que es importante diferenciarlos correctamente.

En términos simples, la consulta previa es un derecho específico y exclusivo de los pueblos indígenas, que busca alcanzar un acuerdo con ellos, sus líderes y las entidades promotoras solo del Estado, al momento de adoptar una medida administrativa que puede afectar sus derechos colectivos. Se podría decir, que es una protección adicional debido a su situación de vulnerabilidad, el cual busca brindarles una voz propia en este tipo de construcciones.

Por otro lado, la participación ciudadana es un derecho que abarca a todos los ciudadanos de una comunidad o país, permitiéndoles involucrarse en la toma de

decisiones sobre proyectos que podrían afectar su vida y entorno. El encargado de llevar a cabo los procesos de participación ciudadana en el contexto de proyectos que pueden afectar a los ciudadanos es en general, la entidad promotora del proyecto, la cual puede ser entidades privadas o el mismo Estado. Entendiendo esto, podemos comprender que la consulta previa y la participación ciudadana no son lo mismo, especialmente en cuanto a su ámbito de aplicación.

En la misma línea, también se presenta la cuestión de la ponderación entre los derechos indígenas y los derechos de los inversionistas. Si bien los derechos indígenas están avalados por varias leyes internas, su mayor precedente es el Convenio 169 de la OIT, un tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por Perú, que le otorga rango constitucional al derecho a la consulta previa.

Por otro lado, los inversionistas tienen de su lado la Ley General de Sociedades, que regula la inversión en el país a nivel nacional, y el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APRI), que brinda seguridad a las inversiones extranjeras. La seguridad jurídica y la protección de los derechos de los inversionistas también están contempladas en la Constitución.

El mismo Tribunal Constitucional se ha manifestado en estos casos, indicando que lo que se debe hacer es una ponderación entre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y al derecho a desarrollar empresas, los cuales no necesariamente están contrapuestos.

En la Sentencia No. 00022-2009-PI/TC, del 9 de junio de 2010, el Tribunal Constitucional estableció que los derechos de los pueblos indígenas deben ser armonizados con otros derechos constitucionales, como la seguridad jurídica y el desarrollo económico, mediante un proceso de ponderación que no implique necesariamente un conflicto insalvable entre estos derechos. Es así que, si bien ambos derechos son igual de importantes, surge la necesidad de encontrar un equilibrio que permita proteger los derechos de ambos grupos en esta situación.

## **1.2. Presentación del caso**

En este caso en concreto, se otorgó una concesión de transmisión eléctrica en territorio habitado por comunidades indígenas, más es específico sin haberse realizado un proceso de consulta previa a esta población, lo cual generó

preocupación por el impacto a los derechos indígenas y hacia los derechos en general de dichas comunidades pertenecientes a la región de Loreto.

Para ser más precisos, la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente (ORPIO) interpuso esta demanda ante el Tribunal Constitucional en contra del Ministerio de Energía y Minas, Proinversión (Agencia de Promoción de la Inversión Privada del Perú) y la empresa Líneas de Transmisión Peruana SAC.

Por lo tanto, es importante mencionar que en nuestra sentencia, más en específico en el punto 60, la parte demandante, presentó como medio de prueba un estudio que demostraba que las comunidades afectadas por el proyecto pertenecen a diversos pueblos indígenas, incluidos los Shawi, Kandozi, Urarinas, Shiwilu, Cocamas, Kechwa Lamas, Quechuas del Marañón y Pastaza, y Kucamas.

Los pueblos afectados serían los que acabamos de mencionar ya que la ruta elegida podría ocasionar que estas redes de transmisión eléctrica pasen por territorios habitados por ellos. Asimismo, el contrato de concesión menciona que la ruta correspondiente sería entre la estación eléctrica de Iquitos y la estación eléctrica de Moyobamba. Es así, que las ciudades beneficiadas con este proyecto serían Iquitos y Moyobamba.

Después de que la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente (ORPIO) presentará su recurso de amparo, se desencadenó un proceso judicial que impugnaba la legalidad de varios actos administrativos<sup>1</sup> relacionados con el otorgamiento de una concesión para construir una línea de transmisión eléctrica que pasaría por zonas pertenecientes a las regiones de Loreto y San Martín, lo que podría afectar sus derechos colectivos. La sentencia resultante reflejó opiniones divididas entre los magistrados respecto a la necesidad y el momento de realizar la consulta previa correspondiente.

Entonces, el principal problema de la sentencia consiste en determinar si previo al otorgamiento de las medidas administrativas se debió o no realizar la consulta

---

<sup>1</sup> (i) La Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM

(ii) El acuerdo del consejo directivo de Proinversión

(iii) El Contrato de Concesión del Proyecto “Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas

previa correspondiente al proyecto de infraestructura "Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas". Es así, que una construcción eléctrica como ésta, implicaría infraestructura como redes, estaciones y subestaciones en territorios habitados por pueblos indígenas, lo cual podría afectar gravemente sus derechos colectivos.

Por otro lado, los principales instrumentos normativos empleados incluyen el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los pueblos indígenas para las Actividades Minero Energéticas, Ley No. 29785; Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios y su reglamento, el Convenio 169 de la OIT, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la doctrina relacionada con la diversidad cultural y los derechos indígenas y la Ley de Concesiones Eléctricas Decreto Ley Nro 25844.

Además, la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832 y la Resolución Ministerial N° 104-2024-MINEM/DM. Asimismo, se debe tener en consideración el precedente de la sentencia de Acción Popular N°29126-2018. Por el lado de los inversionistas, se debe tener en cuenta la Ley General de Sociedades, el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APRI) y el derecho a la seguridad jurídica y libre empresa, la cual está plasmada en la Constitución.

De esta forma, las cuestiones más relevantes en el análisis incluyen la relevancia de garantizar la consulta previa en proyectos que afectan e involucran a comunidades indígenas, así como el requerimiento de una legislación clara que reconozca y proteja los derechos de estas comunidades en el contexto de la diversidad cultural peruana. Es decir, se necesita de parámetros más claros en cuanto a la afectación de los derechos de los pueblos indígenas cuando se trate de servicios públicos y una ponderación entre la conservación de derechos territoriales indígenas y el desarrollo económico.

Este enfoque debe incluir el enfoque intercultural de la legislación peruana, reconociendo la diversidad y las tradiciones culturales de las comunidades indígenas. El objetivo es aclarar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos indígenas, específicamente el derecho a la consulta previa, lo cual es fundamental para evitar potenciales impactos a sus derechos colectivos, como el derecho a la libre determinación y otros derechos esenciales.

Además, es necesario clarificar la certeza legal del derecho de las empresas, asegurando que se respeten tanto los intereses económicos como los derechos de las comunidades, fomentando un desarrollo equilibrado y sostenible.

## **2. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES**

### **2.1. Antecedentes**

En fecha 18 de enero del 2011, se emitió el Decreto de Urgencia N° 001-2011. Este decreto establecía la necesidad y prioridad nacional para que Proinversión llevará a cabo diversos procesos destinados a fomentar la inversión privada, entre ellos, proyectos como la Línea de Transmisión Moyobamba-Iquitos.

Posteriormente, en fecha 07 de julio de 2011, el Consejo Directivo de Proinversión autorizó el Plan de Promoción de la Inversión Privada para la concesión del Proyecto Línea de Transmisión 220 kV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas. De manera que, se empieza con la búsqueda de la empresa que se encargara de estas construcciones.

Según el portal web actual de Proinversión, el proyecto de concesión de la línea de transmisión cuenta con una longitud de más de 600 km, así como, con una capacidad de 145 MVA (2024). Aquel proyecto de concesión tiene como objetivo integrar el Sistema Aislado de Iquitos al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) (Proinversión, 2023).

Ello con la finalidad de mejorar no solo la eficiencia, sino también la calidad del suministro eléctrico para los usuarios de las regiones beneficiadas. Esta construcción comprende una línea de transmisión en 220 kV, subestaciones nuevas y sistemas de compensación reactiva.

En la misma línea, se tenía previsto que se adjudique una concesión de 30 años, el cual sumado al período de construcción sería de 52 meses desde la fecha de finalización y que cuenta con una inversión de aproximadamente \$581.18 millones de soles. También cabe mencionar se tenía programado que esta construcción se otorgará bajo el formato de Concurso de Proyecto Integral. Esto conlleva que el contratista sería el encargado del diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del proyecto. Al concluir el periodo de concesión, se acordó que la construcción sería traspasada al Estado Peruano.

El ganador de este proyecto fue el Consorcio Isolux Transmisora Peruana (Isolux Ingeniería S.A. – Isolux de México S.A. de C.V.). De este modo, se le otorgó una concesión temporal de dos años hasta que los estudios de la zona culminarán y se verificarán todos los requisitos por parte de la empresa ganadora. Así, se suscribió un contrato de concesión, en el cual se delineó la ruta correspondiente entre Iquitos y Moyobamba, las cuales serían las ciudades beneficiadas con este proyecto. Aquella “línea de transmisión” conectará la Subestación Moyobamba Nueva con la nueva Subestación Iquitos Nueva (Proinversión, 2023).

Cabe resaltar que se le “adjudicó a la concesionaria la decisión de elegir cuál sería la ruta por la cual pasaría este proyecto eléctrico, después de realizar las investigaciones adecuadas y el análisis de impacto ambiental”(Proinversión, 2023).



## **2.2. Hechos relevantes del caso**

### **Posiciones de las partes en el proceso judicial**

En el contexto del proceso judicial, la Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas-SL (Corpi-SL) y la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente (ORPIO) denunciaron que el Ministerio de Energía y Minas (Minem) y Proinversión omitieron realizar la consulta previa obligatoria con las comunidades indígenas de las regiones de San Martín y Loreto.

Esto se relaciona con el Contrato de Concesión del Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto "Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas" y otros actos administrativos vinculados al proyecto.



Por su lado, el Minem y Proinversión defendieron que se habían seguido los procedimientos legales pertinentes y que los derechos de la población indígena no se habían visto afectados, argumentando que, en este contexto, no era necesario un proceso previo de consulta.

A continuación, en el presente gráfico se exponen los hechos con las fechas correspondientes y los puntos controversiales del caso.



**Fuente: Elaboración propia**

En fecha 30/09/2015, la organización Orpio y la Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas de San Lorenzo (Corpi-SL) interpusieron una demanda de amparo contra Proinversión y el Ministerio de Energía y Minas (Minem). Alegaron que no se llevó a cabo la consulta previa con las comunidades indígenas impactadas en las regiones de San Martín y Loreto sobre el Contrato de Concesión del Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto “Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas”. En consecuencia, exigieron la invalidación de las siguientes acciones, ya que las consideran dañinas:

1. El Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto "Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas".
2. El acuerdo del consejo directivo de Proinversión, publicado el 9 de julio de 2011, que aprobó el plan de promoción y reguló el concurso público que adjudicó la construcción de la Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y sus subestaciones asociadas.
3. La Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, que autoriza el Primer Plan de Transmisión de la Línea de Transmisión 220KV Moyobamba-Iquitos y sus Subestaciones Asociadas.

### **Fundamentos de la demandante**

La demanda, presentada por la Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas-SL (Corpi-SL) y ORPIO, alega que no se realizó la consulta previa con las comunidades nativas afectadas en las regiones de Loreto y San Martín. Además, sostienen que Proinversión y el Ministerio de Energía y Minas (Minem) no cumplieron con su obligación de informar a las comunidades indígenas sobre el Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto "Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas", así como sobre otros actos administrativos relacionados. Según los demandantes, esta omisión afecta gravemente los derechos de las comunidades indígenas, especialmente su derecho a la consulta previa, su libre determinación y sus derechos de propiedad.

- **El 23/01/2017**, el MINEM respondió a la demanda, argumentando la excepción de incompetencia, ya que considera que la Resolución Ministerial 213-2011-MEM/DM debe ser cuestionada mediante una acción popular. Además, planteó la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, señalando que primero se debió presentar el derecho de consulta ante el Minem y que no ha habido ninguna vulneración, dado que el proyecto aún no se ha llevado a cabo.

La parte demandada, representada por el Ministerio de Energía y Minas (Minem) y Proinversión, sostiene que las decisiones administrativas adoptadas se ajustaron al marco normativo establecido y que las medidas implementadas

buscaban el beneficio público y el desarrollo de la región, sin afectar los derechos de las comunidades indígenas.

Además, El Ministerio de Energía y Minas (Minem) señala que únicamente se ha aprobado el Plan de Transmisión de la Línea de Transmisión (LT) 220 KV, lo cual no representa una afectación ni un riesgo para el modo de vida de estos pueblos indígenas. Este plan no incluye la ejecución de las obras del proyecto ni la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Según el Minem, este proceso previo debe realizarse durante la segunda etapa del proyecto eléctrico, en la fase de aprobación del EIA.

- **En fecha 3 de abril de 2017**, Proinversión presenta una excepción por no haber agotado la vía administrativa. En su argumentación, cita el artículo 9 de la Ley N° 29785, "Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios", reconocida por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Proinversión sostiene que las instituciones tienen la facultad de solicitar la implementación del proceso de consulta y que no hay justificación para evitar la vía administrativa previa.

### **Fundamentos de la demandada**

Por otro lado, Proinversión señala que no tuvo participación relevante en la autorización del plan de transmisión y ni su opinión fue tomada en cuenta al respecto. Esto se debe a que la entidad responsable de aprobar este acto administrativo es el Ministerio de Energía y Minas (Minem).

Asimismo, sostiene que el Comité de Operaciones Económicas del Sistema (Coes) es el responsable de formular la propuesta, la cual posteriormente es aprobada por el Minem. En consecuencia, no participó en la resolución ministerial que supuestamente causaría alguna vulneración.

- **El 9 de agosto de 2018**, la Corte Superior de Justicia de Loreto declaró parcialmente probada la demanda. Anuló la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM y suspendió la construcción hasta que se lleve a cabo y concluya la consulta previa. Además, rechazó la solicitud de nulidad presentada por los demandantes.

### **Primera instancia judicial**

**El nueve de agosto del 2018**, la Corte Superior de Justicia de Loreto declaró parcialmente aprobada la demanda. Además, dejó sin efecto la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM y suspendió el proyecto. Asimismo, rechazó la solicitud de nulidad presentada por los demandantes (Corte Superior de Justicia de Loreto, 2018).

Esta corte fundamenta su decisión en que Proinversión adoptó una postura jurídica paternalista, contraria a la consulta previa, al mostrar preocupación por el bienestar de las comunidades indígenas y contratar servicios de terceros para evaluar la viabilidad técnica de la línea de transmisión. Se observa que los informes sobre las comunidades indígenas se completaron después de ciertas resoluciones y acuerdos de Proinversión, lo que indica que se presumió que los estudios y la construcción serían beneficiosos para las comunidades indígenas.

Por lo tanto, el tribunal sostiene que la consulta previa debería haberse realizado antes de la aprobación de la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, que autoriza el Primer Plan de Transmisión de la LT 220 KV Moyobamba-Iquitos. Además, esta consulta también debería haberse realizado antes de que el consejo directivo de Proinversión estableciera las reglas para el concurso público de la construcción de este proyecto eléctrico y antes de que se firmara el contrato que determinó la ruta de la mencionada línea.

### **Segunda Instancia Judicial**

“El veredicto de segunda instancia menciona que se rechaza la demanda, pues considera que la adjudicataria del proyecto comunicó al Minem la resolución del contrato de concesión por verse imposibilitada de llevarla a cabo. El Minem ratificó dicha resolución, considerando que no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados. Se concluyó que no existen elementos que justifiquen la nulidad del acto administrativo y se emitió un pronunciamiento inhibitorio. El recurso de apelación se enfoca en la supuesta inconstitucionalidad del Decreto Supremo 016-99-EM” (Corte Superior de Justicia de Loreto, 2018, Exp. N° 00151-2021-AA).

### **Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por el actor**

Orpio interpone un recurso de agravio constitucional en oposición a la “Resolución 25, de fecha 3 de julio de 2019 (f. 1668)” (Corte Superior de Justicia de Loreto, 2018, Exp. N° 00151-2021-AA). Esta última fue “resuelta por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto” y que “declaró improcedente la demanda de autos” (Corte Superior de Justicia de Loreto, 2018, Exp. N° 00151-2021-AA). Cabe señalar que, la solicitud fue rechazada porque el acuerdo de concesión ya había sido resuelto y la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM había expirado el 31 de diciembre de 2012.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional desestimó la demanda en relación con la anulación del contrato de concesión y la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM debido a la falta de competencia para resolver sobre el tema. También, rechazó la solicitud de anulación del Acuerdo de Proinversión 436-2-2-11. Además, exhortó al Congreso a legislar sobre el derecho de intervención de las comunidades indígenas, según lo dispuesto en el artículo 6 b) del Convenio 169 de la OIT, en la implementación de proyectos eléctricos y afines.

En la misma línea, se concluyó que el Acuerdo de Proinversión 436-2-2-11, en sí mismo, no exigía la ejecución de una consulta previa, ya que solo definía las directrices para la participación de Proinversión en la promoción del proyecto. Por lo tanto, la demanda de nulidad del acuerdo fue declarada infundada porque se determinó que no afectaba directamente los derechos de las comunidades indígenas. Además, el Tribunal Constitucional alegó que no se hallaron pruebas de violación de derechos fundamentales, dado que el acto considerado lesivo había cesado.

- **Voto singular del magistrado Domínguez Haro**

El Magistrado Domínguez Haro se aparta de los argumentos 13 al 17, 56 al 65 y 69 de la sentencia. Discrepa con el criterio del argumento 69, lo que implica que la entrega de una concesión eléctrica constituye un daño directo que requiere de consulta previa. Además, plantea dudas sobre la relevancia de los argumentos 56 al 65, que discuten el test de distintividad cultural, y los argumentos 13 al 17, que exploran la disponibilidad de energía eléctrica y señala que la participación indígena no implica un veto en la toma de decisiones.

- **Voto singular del magistrado Monteagudo Valdez**

El Magistrado Monteagudo Valdez menciona en su fundamento que la consulta previa no necesita llevarse a cabo necesariamente antes del otorgamiento de un proyecto eléctrico, ya que las concesiones tienen una aprobación constitucional y están sujetas a normas legales. También menciona que el momento de la consulta depende de si la medida adoptada por el Estado genera una afectación o algún tipo de daño directo a los derechos de las comunidades indígenas, y que la normativa nacional establece el momento adecuado para llevar a cabo dicha consulta.

Por último, promueve la creación de una ley que detalle el derecho de intervención de las comunidades indígenas en el involucramiento de políticas y planes que les afecten, sin que esto implique un veto a las políticas públicas de desarrollo.

- **Voto singular del magistrado Ochoa Cardich**

El Magistrado Ochoa Cardich coincide con este veredicto, pero destaca la importancia de consideraciones adicionales sobre la pluralidad cultural en el contexto peruano. También hace mención a la solicitud de nulidad de ciertos documentos y alega la vulneración de derechos indígenas, como el derecho a la consulta previa, la libre determinación, la propiedad comunal y otros. En la misma línea, resalta la necesidad de regular las concesiones eléctricas de manera compatible con los dispositivos constitucionales relacionados con la diversidad cultural en el país. Por último, expone la diferencia entre multiculturalismo, pluralismo e interculturalidad, abogando por una sociedad intercultural que reconozca y respete las diferencias culturales sin perder de vista los principios democráticos y constitucionales del Estado peruano.

### **3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

En el presente informe, hemos formulado el siguiente el problema jurídico principal, el cual presenta subproblemas, así como problemas secundarios:

- **Problema principal:** ¿Debería haberse realizado un proceso de consulta previa antes de emitir la medida administrativa consistente en otorgar la Concesión del Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto "Línea

de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas" y otros actos administrativos?

- **Sub problema 1:** ¿En qué momento debe realizarse el proceso de consulta previa de proyectos de infraestructura y servicios públicos?
- **Sub problema 2:** Los proyectos de infraestructura o de desarrollo de servicios públicos de electricidad configuran una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, si es que no se realiza la consulta previa?
- **Sub problema 3:** ¿Las concesiones eléctricas temporales deberían ser consultadas?
- **Sub problema 4:** ¿Cómo se podría lograr una adecuada ponderación entre la construcción de servicios públicos y la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas?
- **Primer problema secundario:** ¿Si no se hubiera declarado la resolución del contrato de concesión, podría haberse afectado el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, comprometiendo así sus derechos colectivos relacionados con sus prioridades de desarrollo y a la tierra y al territorio?
- **Segundo problema secundario:** En el contexto de los servicios públicos y concesiones eléctricas, ¿representa el proceso de amparo la vía idónea para la tutela de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas? y, además, ¿es preceptivo agotar la vía administrativa antes de presentar una demanda de amparo contra medidas administrativas vinculadas a servicios públicos y concesiones eléctricas?"

#### **4. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A**

##### **4.1. Respuestas preliminares**

A continuación, se presentan las respuestas correspondientes.

**Problema principal:** ¿Debería haberse realizado un proceso de consulta previa antes de emitir la medida administrativa consistente en otorgar la Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto "Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas" y otros actos administrativos?

Respuesta: sí, puesto que este proyecto presentaba un riesgo potencial para las comunidades indígenas y su garantía a la consulta previa. Aunque estos proyectos pueden traer ventajas, es vital tener consideración con la perspectiva de la población indígena que podrían ser impactada directamente por estas construcciones.

Cabe destacar que el derecho a la consulta previa no equivale a un privilegio de veto. Por consiguiente, es esencial que cualquier medida administrativa que pueda impactar negativamente en los derechos de las comunidades indígenas se ejecute de manera apropiada, siguiendo las normas internacionales, y garantizando su intervención activa en la planificación y ejecución de estas acciones.

Asimismo, es fundamental realizar un procedimiento de consulta previa antes de aprobar cualquier proyecto de construcción y servicios públicos, como es el caso de esta línea de transmisión eléctrica. Específicamente, la consulta debería haberse efectuado antes de la aprobación de la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, que autorizó el Primer Plan de Transmisión de la LT 220KV Moyobamba-Iquitos. Esta resolución ministerial es crucial, ya que determina la ruta que seguirá la Línea de Transmisión Eléctrica 220 KV y marca el comienzo de todo el proyecto.

A lo largo de este trabajo nos centraremos en analizar las medidas administrativas que dan inicio a este proyecto de infraestructura eléctrica y como con el inicio de este proyecto se presenta la afectación al derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas. Es crucial mencionar que la afectación de la consulta previa también da paso a que se afecten otros derechos pertenecientes al ámbito colectivo de los pueblos indígenas.

**Problema principal secundario :** ¿Si no se hubiera declarado la resolución del contrato de concesión, podría haberse afectado el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, comprometiendo así sus derechos colectivos relacionados con sus prioridades de desarrollo y a la tierra y al territorio?

Respuesta: Sí, ya que este contrato relacionado al desarrollo de servicios públicos en el ámbito eléctrico podría implicar la utilización de tierras, el desplazamiento de comunidades, la alteración de recursos naturales y la



afectación de lugares de importancia cultural y espiritual. Estas acciones constituyen una afectación directa que exige la implementación de medidas adecuadas para mitigar y compensar cualquier impacto negativo.

Además, este tipo de afectación implica una transformación en la práctica de los derechos de las comunidades indígenas, limitando su capacidad de decisión sobre las acciones permitidas por la concesión temporal que da inicio al proyecto, incluyendo los estudios de factibilidad y las servidumbres temporales.

Por consiguiente, el derecho a la consulta previa se presenta como una garantía, para evitar restricciones al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Además en el presente caso también se presenta la duda sobre el impacto de las concesiones temporales y definitivas. Si bien, el impacto de una concesión definitiva parece ser más claro que el de la temporal es importante recordar que ambas dan paso al uso de servidumbres, lo cual podría implicar también que se utilicen las tierras de estas comunidades en beneficio de la construcción de este proyecto.

Es por ello, que mi posición también se centra en que ambas concesiones debieron ser consultadas, si bien el tiempo de duración de cada una es diferente, ambas plantean procedimientos importantes para la construcción de este tipo de infraestructuras. Tanto las concesiones temporales como las definitivas son procesos importantes que podrían afectar algunos recursos esenciales para la vida y la cultura de estas comunidades y por lo tanto, cualquier concesión, independientemente de su duración y que pueda tener efectos sobre sus territorios debe ser objeto de consulta previa.

Asimismo, el procedimiento de amparo es la vía adecuada para proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas ante proyectos de infraestructura, servicios públicos y concesiones eléctricas, debido a que no cuenta con etapa probatoria, por lo cual ofrece mayor celeridad en virtud de la tutela urgente. El Tribunal Constitucional prioriza el amparo para grupos vulnerables, como los pueblos indígenas, según el precedente Elgo Ríos.

Además, el artículo 44 del Código Procesal Constitucional permite interponer demandas de amparo sin considerar el cómputo del plazo cuando el acto lesivo es de naturaleza continuada. En tanto el acto lesivo es continuado, el plazo no

transcurrirá. Por lo tanto, no es necesario agotar la vía administrativa en este caso, ya que aplican las excepciones del artículo 43 del mismo código, permitiendo así una tutela efectiva de los derechos indígenas.

Por último, es importante mencionar que los proyectos de desarrollo de servicios públicos no deben suprimir el acceso a lugares sagrados ni alterar significativamente el estilo de vida de los pueblos indígenas. Por ello, es esencial realizar consultas previas para garantizar que los servicios públicos se implementen con el consentimiento y participación de los pueblos, asegurando que no se vulneren sus derechos. A lo largo del presente trabajo de investigación, ahondaremos más en estos puntos.

#### **4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Mi posición se centra en que, aunque estoy parcialmente de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional, tengo algunas reservas sobre ciertos aspectos de su fallo. En primer lugar, estoy de acuerdo con la posición del Tribunal Constitucional sobre declarar improcedente las pretensiones asociadas al contrato de concesión y sobre la Resolución Ministerial por no mantenerse vigentes o concretado al momento de que el caso fue conocido por el Tribunal Constitucional; sin embargo, considero que debe examinarse toda vez que podrían causar afectación directa a derechos indígenas para requerir el procedimiento de consulta previa.

Asimismo, cabe señalar que el contrato de concesión se resolvió debido a que no se concretó el acto administrativo, a causa de que no se llegó a cumplir con los requisitos del art. 25 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Por otro lado, con respecto a la resolución ministerial, los datos de la presente sentencia nos dice que la Resolución Ministerial tenía vigencia desde el 01 de mayo del 2011 hasta el 31 de diciembre del 2012, por lo tanto al vencerse el plazo se declara improcedente.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional tiene la competencia para suprimir los efectos de cualquier acto que vulnere derechos fundamentales, debiendo demostrarse previamente dicha vulneración. En este caso específico, se determina la trayectoria que seguirá la línea de transmisión, lo cual según los demandantes, configura un acto lesivo ya que se toma una decisión sobre la

utilización de territorios habitados por pueblos indígenas sin haber garantizado su participación en un proceso de consulta previa.

Esta consulta es fundamental para que los pueblos indígenas puedan participar en un diálogo intercultural con la entidad estatal responsable de las medidas administrativas. En este contexto, nos referimos a la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, al acuerdo de Proinversión y al Contrato de Concesión. Estas medidas tienen el potencial de impactar significativamente sus derechos colectivos, incluyendo su derecho a decidir sobre sus opciones de desarrollo y sus derechos a la tierra y al territorio. La consulta asegura que sus voces sean escuchadas y consideradas antes de la implementación de cualquier proyecto que pueda afectar sus comunidades y modos de vida.

Cabe resaltar que, aunque no se puede afirmar categóricamente que habrá una afectación, sí se puede sostener que las medidas administrativas examinadas en el caso pueden tener un impacto directo sobre los derechos indígenas. Esto debe sustentarse adecuadamente, considerando que la falta de consulta previa puede resultar en decisiones que no reflejan las necesidades y prioridades de las comunidades indígenas. Según lo identificado por el Ministerio de Cultura del Perú, el derecho de la consulta previa es especialmente propenso de ser afectado, por ello se subraya la importancia de garantizar un proceso de consulta adecuado.

De acuerdo al análisis en las presentes líneas, mi postura está a favor de que se lleve a cabo el proceso de consulta previa antes que se otorguen las medidas administrativas que autorizan el inicio de estos proyectos. Asimismo, considero que tanto las concesiones temporales como definitivas deberán ser consultadas. Esto debido a que ambas presentan consideraciones importantes que podrían impactar negativamente de forma directa los derechos en los colectivos de los pueblos indígenas.

Finalmente, tengo discrepancias con la decisión de declarar infundada la demanda respecto al pedido de nulidad del Acuerdo de Proinversión. Considero que este acuerdo afecta los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en lo que respecta a la consulta previa. Es crucial que se respete este derecho fundamental en cualquier proyecto de desarrollo que afecte a las comunidades

indígenas y que sobre todo se tenga en cuenta su opinión al momento de buscar desarrollar este tipo de proyectos de infraestructura dentro de su territorio.

## **5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

Conforme se ha advertido en el acápite anterior, a continuación, procederemos con analizar y resolver los problemas jurídicos atendiendo a la doctrina y jurisprudencia relevantes. Para ello analizaremos el problema principal el cual comprende cuatro subproblemas. Asimismo, también analizaremos los problemas secundarios que complementarán la controversia principal.

### **5.1. ¿Debería haberse realizado un proceso de consulta previa antes de emitir las medidas administrativas consistentes en otorgar la Concesión del Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas" y otros actos administrativos?**

En efecto, debió realizarse la consulta previa antes de emitir las medidas administrativas cuestionadas. Estas medidas son la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, el acuerdo de Proinversión y el Contrato de Concesión. Esto se debe a que dichas medidas permiten el inicio de procedimientos cruciales relacionados con el proyecto de las líneas de transmisión eléctrica. Con el inicio de estas medidas, se procede con la elección de la ruta por la cual pasarán las líneas de transmisión y se da paso a la selección de la empresa adjudicataria que realizará la construcción.

Es así, que la consulta previa no debería ser considerada sólo como un requisito legal, sino también una herramienta esencial para garantizar que las comunidades indígenas puedan participar activamente en el proceso de incidir en la toma de decisiones. Este proceso permite asegurar que las medidas administrativas consideren las preocupaciones y necesidades de las comunidades indígenas, minimizando posibles impactos negativos y promoviendo un desarrollo más inclusivo y respetuoso de sus derechos. A continuación procederemos a analizar los principales elementos normativos que fundamentan nuestra postura.

### **5.1.1. La Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú. Ley N° 29785**

Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), nos brinda detalles más precisos de la aplicación de la consulta previa en la legislación de nuestro país, es así que en su artículo 2 nos menciona lo siguiente.

Derecho a la consulta: Los pueblos indígenas u originarios **tienen la garantía de ser consultados previamente sobre cualquier medida legislativa o administrativa que impacte directamente sus derechos colectivos**, su identidad cultural, calidad de vida, desarrollo o existencia física. Este derecho también se extiende a la consulta relacionados con iniciativas, esquemas y proyectos de crecimiento a nivel nacional y regional que puedan afectar estos derechos.(Congreso de la República, 2011) (énfasis agregado).

Este fragmento deja claro que la consulta previa es un requisito imprescindible en los países que han aprobado el convenio, incluso para iniciativas de progreso nacional y regional, siempre que haya una afectación directa a los pueblos indígenas. No obstante, hasta hace poco, existían algunas excepciones que permitían la inaplicabilidad de la consulta previa, con el objetivo de priorizar el acceso a servicios públicos para la población peruana.

El caso en análisis versa sobre el otorgamiento de una concesión temporal de transmisión eléctrica, avalada por las medidas administrativas de la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, la cual aprobó la ruta de la LT 220KV Moyobamba-Iquitos, el acuerdo de Proinversión que promovió su licitación, y el Contrato de Concesión que formalizó el trayecto de las redes de transmisión eléctrica. Esto destaca la importancia de llevar a cabo la consulta previa para asegurar que los derechos de las comunidades indígenas sean observados y salvaguardados, incluso en proyectos de infraestructura que puedan parecer de menor impacto.

### **5.1.2. Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**

Este reglamento nos presenta una excepción en cuanto se refiere a consulta previa, pues se busca impactar positivamente a estos pueblos con construcciones o servicios públicos que puedan representar una mejora significativa y un impacto positivo para ellos.

Décimo Quinta.- **La infraestructura relacionada a salud, educación y servicios públicos**, que se construya y mantenga **en coordinación con la población indígena** y con el objetivo de beneficiarlos, **no necesitará pasar por el proceso de consulta establecido en el Reglamento.**(Ministerio de Cultura, 2012) (énfasis agregado)

Es así, que los servicios públicos se ven exceptuados de la consulta previa, es por ello que uno de los principales argumentos de defensa por parte de los demandados es que no se tenía la necesidad de llegar este proceso, ya que la construcción de esta Línea de Transmisión eléctrica formaría parte de lo que engloba el significado de servicios públicos, puesto que su finalidad será brindar alumbrado público a las ciudades de Moyobamba e Iquitos. Sin embargo es importante cuestionarnos si esta excepción es concordante con nuestra legislación, sobre todo con las normas internacionales previstas en el Convenio 169 de la OIT, específicamente su artículo 6, el cual establece el deber de los gobiernos de preguntar a los pueblos indígenas antes de tomar decisiones que puedan impactarlos y afectarles directamente.

### **5.1.3. La legalidad de la décimo quinta disposición del reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios**

“Las normas reglamentarias están destinadas a complementar las leyes ratificadas por el poder legislativo, sin modificar ni contradecir su contenido esencial. Su función es ayudar a la implementación de la ley de manera efectiva y coherente. Este principio, reconocido en el derecho administrativo, establece que los reglamentos deben respetar la jerarquía normativa y no alterar los fundamentos de las leyes superiores” (García de Enterría & Fernández, 2013).

Teniendo en cuenta ello, la consulta previa en el Perú está basada en una ley, por ende, su reglamento solo es un complemento más para su adecuado funcionamiento. Sin embargo, lo que pasa en esta situación, es que el reglamento es el que presenta la excepción de no realizar la consulta previa cuando se trate de servicios públicos, lo cual sería contradictorio con la jerarquía normativa.

Asimismo, la jerarquía normativa es un fundamento jurídico que organiza las leyes y normas para determinar cuáles son prioritarias, asegurando el cumplimiento de lo estipulado en la Constitución. Esto permite alcanzar consistencia y unidad en el sistema jurídico (Nebreda, 2023). Es así, que nuestra jerarquía normativa peruana tiene en su cúspide a la constitución, seguida a ella están las leyes en segundo lugar y en tercer lugar los reglamentos y órdenes administrativas.

De acuerdo a ello, entendemos que la constitución cuenta con el mayor rango jurídico en nuestro sistema legal. Cabe precisar que la normativa internacional que nuestro país ratificó cuentan con el mismo rango legal y tienen jerarquía constitucional. Tratados como el convenio 169 de la OIT, contaría con el mayor rango dentro de nuestro sistema legal.

En la misma línea, las leyes son promulgadas por el congreso e incluyen leyes orgánicas y ordinarias que desarrollan los principios constitucionales y regulan aspectos específicos de la vida comunitaria y financiera. Por ejemplo, la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Por último, los reglamentos son normas de menor jerarquía que deben alinearse con los reglamentos, las leyes y la Constitución. Asimismo, existen otros principios que ayudan que esta pirámide mantenga este orden, como lo es el principio de legalidad, el cual nos dice que todas las acciones del Estado deben estar basadas en la ley y por ende respetar el orden jurídico establecido. Es decir, las normas reglamentarias deben respetar este principio y no pueden exceder la autoridad conferida por las leyes.

Ahora, en nuestro caso en específico, la ley de consulta previa, plantea los lineamientos en específico que este proceso debe seguir, la cual también está avalada por el Convenio 169 de la OIT. Después de su promulgación, su reglamento establece que la edificación y conservación de infraestructura

relacionada con servicios públicos no necesitarán someterse al proceso de consulta previa por parte de los pueblos indígenas. Esto resulta totalmente contradictorio, ya que como analizamos, los reglamentos cuentan con un menor rango normativo que la ley a la cual regulan, por ende, su creación debería adherirse sólo a regular su funcionamiento, mas no pueden cambiar lo que la ley en esencia establece.

Es así, que la excepción contemplada en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa no se ajustaba a la ley, ya que este tipo de excepciones no debe hacerse vía reglamentaria, sino a través de una norma legal. Esta contradicción permitió que se realizará un control judicial, pues si un reglamento contradice una ley o la Constitución, los tribunales pueden declararlo inválido.

En este caso, el reglamento intentaba limitar el derecho a la consulta previa garantizado por la ley y la Constitución. Los tribunales anularon esa parte del reglamento para asegurar el cumplimiento de la jerarquía normativa. Así, podemos afirmar que la disposición que exceptúa la consulta previa en casos de servicios públicos era ilegal, ya que contravenía la Ley del Derecho a la Consulta Previa, violaba el principio de jerarquía normativa y el principio de legalidad, y era incompatible con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

Cabe precisar que la expulsión del sistema jurídico de la decimoquinta disposición transitoria del Reglamento en cuestión se concretó mediante sentencia firme y definitiva expedida por la Sala de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en abril del 2022. Esto significa que, al momento del fallo del Tribunal Constitucional en el caso "Línea de Transmisión 220 kV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas" en diciembre del 2023, ya no existía la excepción reglamentaria que permitía omitir la consulta previa en proyectos de servicios públicos.

Por lo tanto, la decisión del Tribunal se fundamentó en un contexto donde era indiscutible el deber de realizar la consulta previa, eliminando cualquier excusa basada en disposiciones derogadas. La cuestión de la nulidad de la decimoquinta disposición transitoria refuerza la necesidad de respetar la jerarquía normativa y los principios de legalidad, garantizando así los derechos de los pueblos indígenas según lo establecido en la Ley del Derecho a la Consulta Previa y el Convenio 169 de la OIT.



#### **5.1.4. Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente A. P. N° 29126-2018-Lima**

Esta sentencia marca un gran hito en lo que respecta a las excepciones establecidas por la Ley de Consulta Previa del Perú en relación con los servicios públicos. Se determinó que la decimoquinta disposición transitoria del Reglamento de la Ley de Consulta Previa infringía el derecho esencial a la consulta previa, estipulado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. La sentencia aclara que cualquier intento de exceptuar ciertos proyectos de servicios públicos de la consulta previa es incompatible con los deberes internacionales y constitucionales del Perú.

Por lo tanto, los servicios públicos deben ser objeto de consulta previa, incluyendo proyectos de infraestructura esenciales para la prestación de servicios fundamentales como la salud y la educación. Esto asegura que las comunidades indígenas afectadas tengan el derecho a ser consultadas antes de la ejecución de estos proyectos, garantizando su participación y la consideración de sus opiniones y preocupaciones.

En el mismo sentido, las concesiones eléctricas afectan directamente los derechos indígenas cuando implican modificaciones significativas y directas en su estado legal. En este sentido, las normas relacionadas con la titulación de tierras y las servidumbres por actividades extractivas o proyectos de desarrollo e infraestructura que afectan los territorios indígenas deberían haber sido sometidas a consulta previa ” (Sandoval ,2023, p. 44).

Es de vital importancia que los pueblos indígenas que se encuentran alrededor del proyecto en cuestión también deben ser objeto de consulta previa, incluso si la construcción no se realiza directamente en su territorio. Esto se debe a que podrían sufrir daños colaterales que afecten su estilo de vida. Por lo tanto, su derecho al territorio podría verse comprometido si no se les consulta sobre las medidas que podrían impactarlos.

Segun la CIDH, para la concesión de proyectos extractivos y de desarrollo en territorios indígenas, se han definido tres requisitos fundamentales: (a) cumplir con el derecho internacional sobre la expropiación, (b) no permitir proyectos que pongan en riesgo la supervivencia física o cultural de las comunidades indígenas;

y (c) garantizar la participación efectiva de las comunidades afectadas, incluyendo su consentimiento, y llevar a cabo estudios de impacto ambiental y social con su colaboración, así como asegurar una participación equitativa en los beneficios derivados (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016, p. 30).

Teniendo en consideración lo anterior, podemos inferir que la decimoquinta disposición transitoria, tampoco cumplía con los requisitos establecidos por la CIDH. Por lo tanto, se debe recalcar el carácter anticipado de la consulta a los pueblos indígenas. Este derecho a la consulta, como proceso, debe realizarse “de forma previa” a la aprobación de medidas administrativas susceptibles de afectar derechos indígenas.

#### **5.1.5. Análisis de los subproblemas principales**

En este apartado abordaremos los 4 subproblemas que contribuirán en el análisis del problema principal.

##### **➤ Primer subproblema: ¿En qué momento debe realizarse el proceso de consulta previa de proyectos de infraestructura y servicios públicos?**

Específicamente, la consulta previa debería haberse efectuado antes de la aprobación de la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, que autorizó el Primer Plan de Transmisión de la LT 220KV Moyobamba-Iquitos. Esta resolución ministerial es crucial, ya que determina el trayecto que seguirá la Línea de Transmisión Eléctrica 220 KV y marca el comienzo de todo el proyecto.

Aunque las tres medidas administrativas cuestionadas son importantes, es con la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM que se da inicio a todo el proceso en cuanto a la construcción de las líneas de transmisión eléctrica. Realizar la consulta previa antes de esta etapa habría garantizado que las preocupaciones y necesidades de las comunidades indígenas fueran consideradas desde el principio, promoviendo un desarrollo más inclusivo y respetuoso de sus derechos.

Es importante mencionar que esta Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM afecta el derecho a la libre determinación del modelo de desarrollo de los pueblos indígenas. El Convenio 169 de la OIT, nos menciona en su artículo 7 que los pueblos indígenas deben tener el derecho de determinar y gestionar sus

prioridades de desarrollo, así como participar en la planificación y evaluación de proyectos de desarrollo que los impacten directamente(OIT,1989, p 23 ).

En este caso, la aprobación de esta Resolución Ministerial implicaría una afectación directa a la libre determinación de las comunidades indígenas, ya que se les estaría privando de la capacidad de decidir si este proyecto es adecuado para ellos. Esto significa que no podrían evaluar y expresar su consentimiento o rechazo, lo que afecta su derecho a participar en decisiones que afectan sus vidas y territorios.

También es preciso mencionar que De acuerdo con el artículo 'Diez retos de la agenda indígena del 2015, uno de los principales desafíos identificados era poner fin a la imposición forzosa y violenta de proyectos extractivos, de infraestructura, energéticos y otros desarrollos que no contaban con la consulta ni el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas (Yrigoyen Fajardo, 2015, p. 2). Queda claro, que aún se mantiene como un reto vigente en la actualidad, y en el cual se debería hacer más hincapié, para mejorar la protección a nuestros pueblos indígenas.

➤ **Segundo subproblema : Los proyectos de infraestructura o de desarrollo de servicios públicos de electricidad configuran una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, si es que no se realiza la consulta previa?**

Para empezar el desarrollo de esta pregunta es importante precisar en qué consiste el desarrollo de este proyecto relacionado al ámbito de servicios públicos. Es así, que los actos que facultan el inicio de este proyecto eléctrico son la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, el acuerdo de Proinversión y el Contrato de Concesión.

En primer lugar, la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, al aprobar el plan de transmisión, establece una directriz específica y general para la realización de una obra de construcción. Según el artículo 3.I del Reglamento, una "medida administrativa" incluye normas reglamentarias de alcance general y actos administrativos que faculta el inicio de actividades o proyectos. Esta resolución cumple con ambos criterios, ya que es una norma de alcance general que autoriza la ruta de la línea de transmisión. Cabe hacer la precisión, que la

sentencia de primera instancia la “inaplicó”, por lo que el juzgado en su momento la consideró norma inaplicable y no medida administrativa.

En segundo lugar, el acuerdo del consejo directivo de Proinversión (Acuerdo Proinversión N°436-2-2-11) se considera una medida administrativa según el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, ya que constituye una declaración formal de una entidad pública que tiene efectos jurídicos concretos. Este acuerdo aprueba la promoción y licitación de un proyecto de infraestructura, como la línea de transmisión eléctrica LT 220 KV Moyobamba-Iquitos, impactando directamente los derechos y obligaciones de las partes involucradas, incluidas las comunidades indígenas afectadas.

El último acto, corresponde al contrato de concesión, el cual debe considerarse un acto administrativo según el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) porque es una declaración formal del Ministerio de Energía y Minas, emitida bajo normas de derecho público, destinada a producir efectos jurídicos específicos sobre los derechos y obligaciones de las partes involucradas, en una situación concreta como la construcción y operación de la línea de transmisión eléctrica que afecta territorios indígenas.

En la misma línea, este proyecto de concesión de transmisión eléctrica, consiste según la sentencia en operar la "Línea de Transmisión 220 kV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas". Asimismo, busca conectar el sistema eléctrico aislado de Iquitos y Moyobamba con el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), abarcando aproximadamente 636 km. También incluye la edificación de subestaciones y líneas de transmisión. Se desarrolla bajo una concesión, donde el concesionario que gane la buena pro de la del proyecto será encargado de la creación, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento.

En el mismo sentido, la parte demandante señala que el proyecto puede impactar en los derechos colectivos de los pueblos indígenas al utilizar tierras, desplazar comunidades, alterar recursos naturales y afectar sitios de importancia cultural y espiritual. Estas acciones podrían restringir su capacidad de decidir sobre el uso de sus territorios y priorizar su desarrollo, además de generar cambios significativos en su entorno que afectan su identidad y modo de vida.

En este caso particular, el informe titulado "Estudio Social de Actores Clave y Territorios Involucrados en las Áreas de Influencia Directa e Indirecta de la Línea de Transmisión Eléctrica 220KV Moyobamba-Iquitos", presentado como evidencia por los demandantes, señala que las comunidades impactadas por la iniciativa forman parte de varias comunidades. Estos incluyen a los Kechwa Lamas, Shawi, Shiwilu, Quechuas del Marañón y Pastaza, Kandozi, Cocamas, Urarinas y Kucamas. Es decir, que los 636 km de líneas de transmisión eléctrica podrían pasar por los territorios de estas comunidades, lo cual representaría un potencial riesgo directo para estos pueblos indígenas.

Asimismo, según el portal del Ministerio de Cultura en materia de consulta previa, "se considera que hay **"afectación directa"** cuando la propuesta de medida contiene aspectos que pueden generar CAMBIOS en la situación jurídica o en la práctica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios" (MINCUL, 2024). Esto significa que cualquier medida o proyecto que implique modificaciones dentro del contexto de sus deberes y derechos debería ser considerada como una afectación directa a sus intereses y por ende ser tratada con la importancia correspondiente.

De la misma forma, es importante aclarar que son los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Para ello, nos guiaremos del artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. De esta forma este artículo establece las categorías de este concepto.

*Los derechos colectivos son aquellos que corresponden a las comunidades indígenas, reconocidas en el Convenio 169 de la OIT, en la Constitución y mediante acuerdos internacionales aprobados por el Perú, así como en la normativa nacional. Estos abarcan, entre otros, "el derecho a la identidad cultural, a la participación, **a la consulta, a elegir sus prioridades de desarrollo, a la tierra y el territorio** es decir, al uso de los recursos naturales en su área geográfica, la cual utilizan tradicionalmente de acuerdo con la legislación vigente, a la jurisdicción especial, a la salud con un enfoque intercultural, y a la educación intercultural". (MINCUL, 2012) (énfasis agregado)*

Es así, que después de entender mejor lo que implica los derechos colectivos de los pueblos indígenas, podemos inferir que los derechos afectados serían **en primer lugar el derecho a la consulta previa y la afectación de ese derecho**

**daría pase a que se afecten otros derechos colectivos como lo son el derecho a elegir sus prioridades de desarrollo y el derecho a la tierra y al territorio.**

En la misma línea, los proyectos de estructura buscan desarrollar, mejorar o mantener la infraestructura física en diversas áreas, como ciudades, regiones o países. Esto incluye la renovación, construcción o ampliación de carreteras, aeropuertos, puentes, puertos, sistemas de transporte público, y redes de energía, agua y saneamiento, entre otros diversos componentes. (Administrar proyectos, 2024). En el caso de infraestructuras eléctricas, estas podrían incluir centrales eléctricas, redes de distribución de energía, subestaciones y líneas de transmisión.

Es así, que, para entender mejor la posible afectación de esta infraestructura eléctrica en la modalidad de servicio público, debemos analizar qué es lo que habilita la concesión temporal que fue aprobada con el inicio de este proyecto. De esta forma, tanto las concesiones permanentes como las temporales permiten al titular acceder a servidumbres administrativas y utilizar bienes en el área de la concesión; sin embargo, deben seguirse los procedimientos y requisitos establecidos por la normativa correspondiente (Corte Superior de Justicia de Loreto, 2018, Exp. N° 00151-2021-AA). La servidumbre es un derecho real y en este caso permitiría el uso de este territorio indígena para un propósito en específico, y sin que esto implique la transferencia de la propiedad.

Teniendo en cuenta ello, la servidumbre habilitaría distintas opciones hipotéticas para el inicio de este proyecto de infraestructura eléctrica, ello podría incluir despojo de tierras, restricciones en el acceso y uso de los recursos naturales del área, impactos negativos en el medio ambiente y posible deforestación por las zonas en la cual se tenga previsto la construcción eléctrica en cuestión.

De igual manera, el territorio representa un elemento esencial para la supervivencia y la integridad de los pueblos indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua que los pueblos indígenas poseen el derecho inherente de residir libremente en sus tierras ancestrales. La estrecha conexión que mantienen con su territorio debe ser reconocida como la base primordial de

su cohesión, supervivencia económica, cultura y espiritualidad.(Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 149).

Esta idea refuerza la conexión cultural y espiritual que los pueblos indígenas tienen con sus territorios, los cuales son fundamentales para su desarrollo y supervivencia. Además, el Estado establece en nuestra constitución, específicamente en los artículos 88 y 89, la protección de los territorios y el reconocimiento de los pueblos indígenas. De esta manera, se garantiza su identidad cultural, autonomía y derechos sobre sus territorios.

Es importante tener en cuenta que el fundamento de la propiedad indígena no se limita necesariamente a la propiedad inscrita y registrada, sino que también se basa en la mera posesión que los pueblos indígenas mantienen sobre sus territorios. Aunque no cuenten con un título formal, esta posición les otorga el derecho de reclamar la propiedad, ya que es de carácter originario y preexistente al Estado.

Las medidas administrativas cuestionadas en nuestro caso, impactaron directamente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM y el Acuerdo de Proinversión autorizaron la concesión de transmisión eléctrica sin consulta previa, vulnerando el derecho a ser consultados y a decidir sus prioridades de desarrollo, como establece el Convenio 169 de la OIT. Esta omisión comprometió el derecho a la tierra y al territorio y afectó la propiedad comunal mediante servidumbres administrativas. ORPIO invocó estos derechos en la sentencia, destacando la relevancia de la consulta previa para proteger la autodeterminación y la integridad territorial de las comunidades.

Por todo ello, considero que los proyectos de estructura o de desarrollo de servicios públicos de electricidad configuran una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sobre todo si es que no se ha realizado la consulta previa correspondiente. Esto debido a que en el caso de nuestra sentencia los pueblos indígenas de ORPIO vieron limitados su capacidad de opinión y de emitir comentarios sobre este proyecto, lo cual representaría un cambio en el ejercicio de sus derechos colectivos, sobre todo a los derechos de consulta previa, a la tierra y el territorio y a elegir sus prioridades y desarrollo.

➤ **Tercer subproblema: ¿Las concesiones eléctricas temporales deberían ser consultadas?**

Las concesiones eléctricas temporales deben ser consultadas, si bien el tiempo de duración es diferente al de la concesión definitiva, ambas plantean procedimientos importantes para la construcción de esta infraestructura. También se debe tener en consideración la importancia de la consulta previa en cada una de ellas y su marco normativo en nuestra legislación. Para entender mejor esta normativa, a continuación adjuntamos una línea de tiempo de la consulta previa en el sector energético.



**Fuente: Elaboración propia**

Asimismo, es importante remitirnos a la Ley de concesiones eléctricas del Perú, para entender mejor este panorama.

### **Ley de concesiones eléctricas del Perú.**

Artículo 22º.- La concesión definitiva y el permiso se conceden por un período ilimitado para la ejecución de actividades eléctricas. Sin embargo, **una concesión temporal puede ser otorgada para la realización de los análisis de viabilidad (LCE,1992).**



Artículo 23º.- **La concesión temporal autoriza el uso de bienes públicos y otorga el derecho a establecer servidumbres temporales.** El concesionario tiene la responsabilidad de realizar evaluaciones de viabilidad vinculadas a la transmisión y generación, incluyendo estudios de líneas de transmisión y subestaciones, de acuerdo con un cronograma específico. La duración de esta concesión es de dos (2) años (Énfasis agregado) (LCE,1992)

Ahora, si analizamos el artículo 23 nos damos cuenta que la concesión temporal, la cual otorga el contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto “Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Sub estaciones Asociadas”, presenta permisos y accesos temporales sobre la servidumbre del predio, es decir sobre la utilización del terreno en el cual la futura construcción eléctrica se establecerá. Esto le brinda la potestad a la concesionaria para que empiece la realización de estudios de factibilidad, y operación de infraestructura eléctrica necesaria según sea conveniente.

De este modo, un primer impacto se establecería en el área del proyecto, y aunque su magnitud podría ser menor que la del impacto de la concesión definitiva, esto no significa que su impacto sea nulo sobre el área en cuestión. Por lo tanto, es fundamental que los pueblos indígenas conozcan los alcances del proyecto y sus posibles impactos antes de que se adjudique la buena pro a la empresa.

Mediante la consulta previa, los pueblos indígenas podrán entender cómo el proyecto podría afectar sus derechos colectivos y, en función de ello, proponer medidas para evitar o mitigar estos impactos. Es importante recalcar, como se mencionó anteriormente, que el derecho a la consulta previa no representa un derecho a vetar este tipo de proyectos.

En este contexto ORPIO pidió la anulación de las medidas administrativas argumentando que estas eran contrarias a la Constitución y a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Según el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, "los actos administrativos que infrinjan la Constitución o los derechos fundamentales son nulos" (LPAG, 2001).

En este caso, la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, el Acuerdo de Proinversión y el Contrato de Concesión fueron adoptados sin realizar la consulta

previa obligatoria, infringiendo derechos reconocidos en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT, tales como el derecho a la consulta previa, a la libre determinación y a la propiedad comunal. Por lo tanto, estas medidas administrativas son nulas al contravenir los derechos fundamentales indígenas.

### **Sobre las obligaciones previstas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos Indígenas y Tribales**

Este convenio entra en vigor en el año 1995 y se establece como el primer precedente en lo concerniente a pueblos indígenas en nuestro país. Se menciona en su artículo 6 una aproximación a la consulta previa de la siguiente manera:

1. Al poner en práctica la normativa de este Convenio, los gobiernos deben:
  - a) Realizar consultas con los pueblos interesados **a través de procesos adecuados** y, especialmente a través de sus organizaciones representativas, siempre que se contemplen medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente (Énfasis añadido)(OIT, 1989, pp. 26-28).
2. Las consultas llevadas a cabo conforme a este Convenio deberán efectuarse con sinceridad y de forma adecuada a las condiciones, **con el propósito de alcanzar un acuerdo o obtener el consentimiento** sobre las medidas propuestas (Énfasis añadido) (OIT, 1989, pp. 26-28).

Cabe precisar que este convenio tiene rango constitucional en los países que lo han ratificado, y por ende, es obligatorio respetar sus disposiciones. En el caso de Perú, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional porque la propia Constitución, en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, establece que los convenios internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Es así, que la empresa ganadora no realizó un procedimiento de consulta previa con el inicio de la concesión temporal y solamente realizó un procedimiento de participación ciudadana, el cual es un proceso distinto.

### **Diferencias entre el proceso de participación ciudadana y el proceso de consulta previa.**

A manera de diferenciar mejor estos conceptos, la constitución Política del Perú de 1993 establece en su artículo 3, numeral 17 una referencia a la participación

ciudadana y nos dice que todas las personas tiene el derecho de participar, tanto de manera individual como en asociación, en la vida política, financiera, comunitaria y cultural de la nación. Esto nos da a entender la importancia de la participación ciudadana para la toma de decisiones y la influencia de la población en general en estos aspectos.

Asimismo, se podría catalogar a la participación ciudadana como el conjunto de métodos o sistemas que permiten a los habitantes, o a la comunidad en su conjunto, participar en decisiones públicas o influir en ellas, con el objetivo de que dichas decisiones reflejen sus intereses, ya sea a nivel individual o como miembros de una colectividad.( Valdiviezo, 2013, p.9).

Entonces, se podría decir que la participación ciudadana es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución, el cual otorga a los ciudadanos y a la sociedad en conjunto la potestad de influir y ser parte de la toma de decisiones públicas que podrían afectar positiva o negativamente sus intereses.

En el marco legal, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (Ley N° 27446) establece mecanismos específicos para asegurar esta participación en la implementación de iniciativas que podrían tener impactos ambientales significativos. Específicamente, en el sector eléctrico, la normativa establece procedimientos de involucramiento ciudadano durante la elaboración y evaluación de estudios de impacto ambiental, garantizando que las comunidades afectadas puedan expresar sus preocupaciones y propuestas.

Por otro lado, la consulta previa es un derecho exclusivo de los pueblos indígenas, reconocido tanto por la Constitución como por el Convenio 169 de la OIT, que busca asegurar su involucramiento en la toma de decisiones sobre proyectos que podrían afectar directamente sus derechos colectivos y territoriales. Este derecho permite considerar los puntos de vista de los pueblos indígenas respecto a actividades que puedan tener un impacto significativo en sus vidas y territorios. La consulta previa es importante para asegurar que los intereses y necesidades de los pueblos indígenas sean respetados y considerados en el desarrollo de proyectos eléctricos que podrían afectar sus territorios ancestrales.

De la misma manera, Casafranca & Aguirre (2011) definen al derecho a la Consulta Previa, como la capacidad de los pueblos indígenas para participar en un intercambio intercultural con el gobierno, brindándoles la oportunidad de conocer las propuestas que se tiene previsto ejecutar. Este derecho tiene como finalidad considerar, examinar y evaluar los posibles impactos, ventajas y/o desventajas que tales iniciativas podrían tener sobre su vida y patrimonio cultural. (p.193). Esto significa que, este proceso también asegura que las decisiones gubernamentales no se tomen unilateralmente, sino que consideren la perspectiva y las verdaderas necesidades de las comunidades afectadas. Además, promueve un diálogo intercultural, lo que puede ayudar a construir relaciones más justas y equitativas entre el Estado y los pueblos indígenas, fomentando el respeto y la colaboración mutua.

Teniendo en cuenta esta diferencia, entendemos que ambos procesos se dan en poblaciones diferentes, sin embargo, el proceso de participación ciudadana también podría incluir el involucramiento de comunidades indígenas, a diferencia del procedimiento de consulta previa, que es excluyente y dirigido solamente a los pueblos indígenas reconocidos por el Ministerio de Cultura.

Dentro de las diferencias, también tenemos el hecho que la participación ciudadana se implementó a lo largo de todo el proceso de análisis ambiental, mientras que la consulta previa debe llevarse a cabo en una fase temprana, antes de la aprobación de un acto administrativo. Asimismo, la participación ciudadana puede ser realizada tanto por el gobierno como por el responsable de un proyecto de inversión, mientras que la consulta previa es responsabilidad exclusiva del gobierno(Romero, 2022).

Si bien ambos procesos son cruciales para conocer la opinión de las personas de forma amplia y de los pueblos indígenas sobre proyectos o decisiones que podrían afectar su estilo de vida, es importante destacar que el procedimiento de consulta previa no brinda un privilegio a veto. Esto significa que, aunque se consideren las opiniones de las comunidades indígenas previo al inicio de cualquier proyecto o acción que pudiera impactarlos, no tienen el poder de bloquear o detener dichas medidas administrativas. En términos simples, aunque se respete su derecho a la consulta previa, el veredicto final sobre la viabilidad de estos proyectos o medidas recae únicamente en el Estado.

Es así que los resultados de los procesos de consulta previa no resultan vinculantes sobre la decisión final que el Estado podría optar. Esto significa que no necesariamente se obtendrá la aprobación de las comunidades indígenas impactadas al término de la consulta previa. Por ende, si bien se debe respetar el proceso de consulta previa y las opiniones obtenidas en ella, se debe tener en consideración que la última palabra es la del Estado. Estas medidas se adoptan para asegurar la continuidad de los proyectos de infraestructura o desarrollo que el Estado piensa implementar.

No obstante, la propia normativa de la consulta previa establece que en caso de que la entidad promotora decida emitir la medida administrativa a pesar de no contar con la conformidad de los pueblos indígenas, esta entidad tiene la obligación de incluir, al momento de emitir la medida administrativa, la implementación de acciones que permitan proteger sus derechos colectivos, especialmente aquellos que podrían verse afectados por la construcción de la obra. Teniendo en cuenta ello, se entiende que lo que se busca obtener con la consulta previa es escuchar las preocupaciones que estos pueblos podrían tener sobre estos proyectos y, de ser posible, llegar a un consenso que pueda beneficiarlos a ellos y al Estado.

En resumen, los proyectos de infraestructura o de desarrollo de servicios públicos eléctricos, presentan un riesgo potencial de afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Estos proyectos tienen el potencial de alterar su modo de vida, el uso de sus tierras y recursos naturales, e incluso impactar su derecho a la propiedad. Es por esto, también que aunque se dé inicio a actividades de participación ciudadana, este no significa lo mismo que un proceso de consulta previa. Por ende, la consulta previa resulta fundamental en las concesiones temporales.

Por ello, sostengo que es necesario consultar tanto las concesiones eléctricas temporales como las permanentes con las comunidades indígenas afectadas. Es así, que esto asegura su involucramiento activo en el proceso de toma de decisiones y el respeto a sus derechos, los cuales están consagrados en el Convenio Número 169 de la OIT y en la legislación nacional. Además, aunque la implementación de servicios públicos puede representar un progreso para la mayoría de la población, para los pueblos indígenas podría no tener el mismo

significado, dado que su visión de desarrollo puede diferir y estar más arraigada en la protección de su territorio

➤ **Cuarto subproblema : ¿Cómo se podría lograr una adecuada ponderación entre la construcción de servicios públicos y la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas?**

Para alcanzar un equilibrio correcto entre la construcción de servicios públicos y la protección de los derechos colectivos de las comunidades indígenas, es esencial aplicar tácticas que aseguren una balanza justa y respetuosa. Esto implica realizar procedimientos efectivos de consulta previa en las primeras fases del proyecto, asegurando el involucramiento activo de la población indígena (Convenio 169 de la OIT, 1989). Se deben realizar procesos en los cuales se aseguren los derechos de los pueblos indígenas, como el de los inversionistas y para ello es necesario comunicación constante entre los titulares de proyecto y los representantes o apus de estos pueblos.

También es importante un proceso colaborativo entre la población indígena y las autoridades competentes al momento de realizar la consulta previa. Es necesario recalcar, que ellos no se oponen a los proyectos de servicios públicos. Lo que requieren es que estos proyectos sean implementados con consulta previa y que se tomen en cuenta sus opiniones. La idea es que la implementación de los servicios públicos no sea lesiva de los derechos indígenas. De esta manera se podría llegar a un consenso y asegurar la transparencia en todas las etapas del proyecto de servicios públicos.

La ponderación en este caso es esencial para comprender cómo se deben equilibrar los derechos en juego en proyectos de servicios públicos. Los derechos indígenas involucrados incluyen el derecho a la consulta previa, a la libre determinación y a la tierra y al territorio, mientras que los derechos o bienes constitucionales que se destacan en estos proyectos son la libertad de empresa y la seguridad jurídica.

En proyectos de infraestructura o de servicios públicos, la consulta previa se configura como una medida que permite armonizar ambos grupos de derechos. Esto asegura que, aunque no se "veten" proyectos, se garanticen los derechos indígenas. De este modo, la consulta constituye una forma adecuada y necesaria

para equilibrar los derechos de las comunidades indígenas con los intereses empresariales y la seguridad jurídica, promoviendo un desarrollo inclusivo y respetuoso con las normas internacionales y constitucionales.

## **5.2. Problemas secundarios**

A continuación procederemos a explicar los problemas secundarios que refuerzan y complementan nuestro análisis jurídico

### **5.2.1. ¿Si no se hubiera declarado la resolución del contrato de concesión, podría haberse afectado el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, comprometiendo así sus derechos colectivos relacionados con sus prioridades de desarrollo y a la tierra y al territorio?**

Sí, dado que si el contrato de concesión no hubiera sido resuelto, podría haberse comprometido el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, afectando así sus derechos colectivos relacionados con sus objetivos de desarrollo y sus derechos a la tierra y el territorio. La aprobación del proyecto y la adjudicación al concesionario se realizaron sin preguntarle a los pueblos indígenas, cuyos territorios iban a ser afectados. Esto representaría una potencial vulneración de sus derechos de elegir sus prioridades de desarrollo, sobre la tierra y el territorio, y, sobre todo, su derecho a la consulta previa.

Esta afectación directa, se demuestra mediante la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM, el Acuerdo de Proinversión y el Contrato de Concesión, las cuales otorgaron facultades al concesionario para utilizar tierras y recursos sin realizar la consulta previa, contraviniendo estos derechos. Según el régimen legal de la concesión, tal como se desarrolla en secciones anteriores, la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE) en sus artículos 22 y 23, concede al concesionario el uso de bienes públicos y la autorización para establecer servidumbres temporales para la realización de estudios de viabilidad y la construcción de infraestructuras eléctricas. Estas facultades implican un uso significativo del territorio indígena, afectando directamente su relación con la tierra y su capacidad de autodeterminación.

**Legislación nacional e internacional sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas.**

➤ **Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales**

Artículo 7: **Las comunidades interesadas deben tener el derecho de establecer sus propios objetivos en relación con el proceso de progreso, especialmente cuando éste influya en sus vidas, bienestar espiritual, instituciones, creencias, y sus tierras.** Además, deben tener la capacidad de gestionar, en la medida de lo posible, su propio crecimiento social, cultural y económico. Es esencial que estas comunidades participen en la creación, adaptación y evaluación de los planes e iniciativas de desarrollo, tanto a nivel regional como nacional, que puedan impactarles(OIT 1989) (énfasis agregado).

➤ **Constitución Política del Perú de 1993**

Artículo 89.- **Las Comunidades Rurales y Originarias tienen reconocimiento legal y son entidades jurídicas.** Según lo establecido por la ley, **gozan de autonomía en su estructura**, en el trabajo comunitario, y en el uso y gestión de sus territorios, así como en aspectos administrativos y económicos. La propiedad de su territorio es inalienable. El gobierno valora la identidad étnica de esta población.(Constitución 1993)(énfasis agregado).

Es importante diferenciar que los pueblos indígenas y las comunidades campesinas no son lo mismo y tienen una categoría diferente.

*“La normativa establece que, para ser reconocidos como pueblos indígenas u originarios, se deben cumplir dos estándares fundamentales: uno objetivo y otro subjetivo. El primer estándar requiere que estos pueblos sean descendientes de las poblaciones autóctonas del territorio nacional y que mantengan, entre otros aspectos, lazos espirituales e históricos con las tierras que habitan. En cuanto al criterio subjetivo, se refiere a su autoidentificación como pueblos indígenas”* (Romero, 2022).

De la misma forma, los pueblos indígenas que decidieron iniciar esta demanda, están reconocidos por la asociación indígena Orpio, la cual es La Organización Regional De Los Pueblos Indígenas Del Oriente y cuentan con el reconocimiento del ministerio de cultura de nuestro país. Además, Orpio se describe como una organización indígena que opera en 15 cuencas (Ucayali, Bajo Amazonas, Yaquerana, Marañón, Corrientes, Tigre, Napo, Putumayo) y que posee el reconocimiento de 15 pueblos indígenas y 21 asociaciones base a las que apoya (Orpio, 2023).



➤ **Ministerio de cultura del Perú**

El Ministerio de cultura en su guía sobre Derechos Colectivos De Los Pueblos Indígenas u Originarios, presenta una definición clara y detallada sobre cada uno de estos derechos afectados:

- Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo: Este derecho otorga a los pueblos indígenas u originarios la capacidad de influir y participar en determinaciones gubernamentales, así como en la creación, implementación y análisis de estrategias, proyectos e iniciativas de crecimiento a nivel general dentro del país. Esto se realiza para garantizar el respeto por sus visiones del mundo, proyectos y elecciones, fundamentado en su derecho a dirigir su propio progreso.(MINCUL, 2016). De acuerdo a ello, se pone en evidencia que el criterio de lo que significa desarrollo no necesariamente debe significar lo mismo para todos, sobre todo para los pueblos indígenas, dado que ellos tienen una visión más ligada a la naturaleza y cosmovisión biocéntrica.
- Derecho a la tierra y al territorio: Aquí se incluye la protección y conservación de sus territorios y tierras, con las que tienen una profunda conexión espiritual, cultural y económica. El concepto de territorio incluye la noción de tierra y comprende todo el ambiente que estos pueblos habitan o emplean de algún modo(MINCUL, 2016). Teniendo en cuenta esto, entendemos que este derecho no solo implica la posesión física de la tierra, sino también la capacidad de las comunidades para decidir sobre el uso y desarrollo de sus territorios. Asimismo, esta construcción implica una ocupación física del territorio indígena.
- Derecho a la consulta previa: Esto implica reconocer la capacidad de los pueblos indígenas para decidir sobre las repercusiones causadas por acciones gubernamentales (administrativas o legislativas) que puedan impactar, de manera negativa o positiva, en sus derechos colectivos. Esto conduce a la exploración de un consenso o acuerdo sobre la ejecución de esas acciones (MINCUL, 2016). La vulneración de este derecho queda demostrada a lo largo de este trabajo, ya que desde un principio se les negó este derecho a los pueblos indígenas de Orpio, con la excusa de que el reglamento establecía una excepción en el caso de servicios públicos.

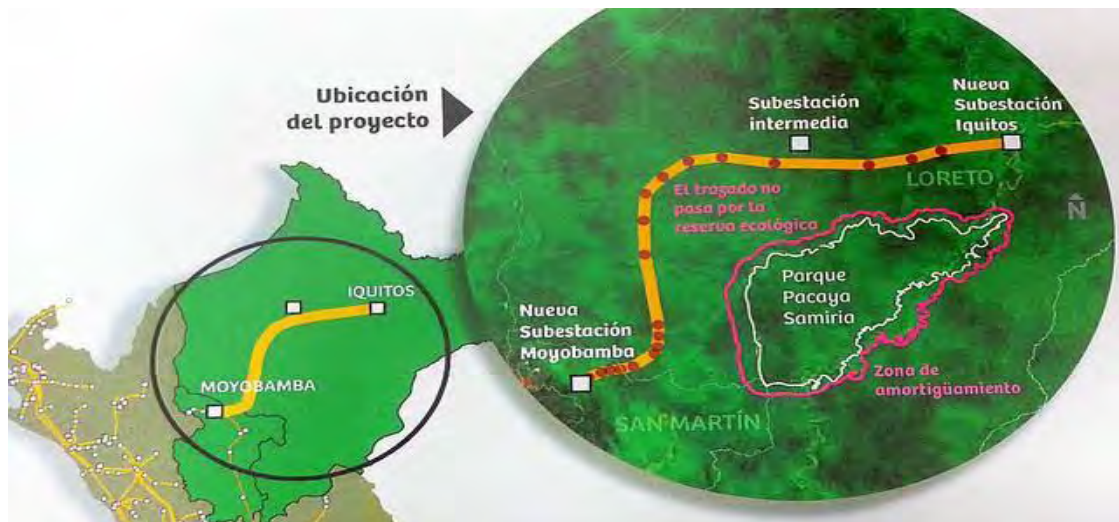
En este sentido, los derechos que se mencionan y que podrían ser potencialmente afectados, les otorgaban la habilidad para decidir sobre las medidas que consideren que podrían afectarlos. Por lo tanto, el hecho de que no se les haya consultado representa una pérdida de control sobre sus propias tierras y recursos, lo que impactaría negativamente esta capacidad de decidir. Al no realizar la consulta, el Estado les quita esta potestad y asume por ellos que la construcción podría ser beneficiosa, cuando es muy probable que ellos no lo vean de la misma manera.

Es importante considerar que la consulta previa se debe realizar siempre que exista el riesgo directo de afectar los derechos colectivos de las comunidades indígenas. En este caso, el contrato que brinda el otorgamiento de la concesión de transmisión eléctrica plantea una potencial afectación de estos derechos, y es en esa posibilidad en la que el análisis de este expediente se centra.

La omisión de la consulta previa podría haber llevado a una toma de decisiones sin la debida consideración de las perspectivas y necesidades de las comunidades afectadas, dejando a los pueblos indígenas desprotegidos ante medidas que podrían adoptarse sin tener en cuenta sus opiniones. Esto subraya la importancia de respetar sus derechos a ser consultados, garantizando así su participación y protección en el proceso de desarrollo.

Para entender mejor esta posible afectación, el portal web de Servindi nos explica que “El proyecto implica la conducción de electricidad a través de una franja de cerca de 100 metros de ancho por una distancia de 600 kilómetros aproximadamente, una longitud comparable al trayecto entre Lima y Trujillo.

Este proceso conllevaría la deforestación de áreas críticas, incluyendo el Abanico del Pastaza, que es el sistema de humedales más extenso de la Amazonía peruana. Además, tendría un impacto en las áreas habitadas por comunidades indígenas de distintas etnias, como los Ikitu, Kandozi, Achuar, Kichwa, Urarina y Kukama Kukamiria, etc” (Servindi, 2016). Para entender mejor la posible afectación directa adjuntamos la infografía realizada por Proinversión sobre el trayecto de este proyecto eléctrico.



**Fuente: Proinversión**

Por todo ello, considero que esta construcción eléctrica podría haber puesto en riesgo el derecho de estas comunidades indígenas a la consulta previa, a su autonomía sobre sus prioridades de desarrollo, así como sus derechos sobre la tierra y el territorio. Esto en base a que existe la posibilidad de que este proyecto eléctrico pase por una zona cercana a las viviendas de estos pueblos indígenas y por tanto esto podría incluir procedimientos de deforestación y otras cuestiones más correspondientes a construcción de sistemas eléctricos.

Es importante precisar, que basta con consignar que existe riesgo de afectación de estos derechos colectivos, para que se considere como una afectación y que no es necesario demostrar la afectación ni aseverarlo, sobre todo cuando se están en las primeras fases del proyecto.

Por lo tanto, dentro del contexto de los servicios públicos, es fundamental reconocer y asegurar la garantía de los pueblos indígenas a involucrarse activamente tanto en el diseño como en la implementación de estos servicios, sobre todo en materia de servicios eléctricos o de infraestructura. Esta participación es clave no sólo porque contribuye a la generación de beneficios directos derivados de la implementación del servicio, sino también porque permite una revisión cuidadosa del diseño y el impacto que podría tener en esta población en específico.

Tal revisión es crucial para prevenir cualquier infracción a los derechos colectivos, particularmente en lo que respecta al territorio. Por lo tanto, es imprescindible garantizar que los pueblos indígenas tengan voz y voto en la

concepción de medidas administrativas que podrían afectarlos, asegurando así que sus necesidades y derechos sean debidamente considerados y respetados.

**5.2.2. En el contexto de los servicios públicos y concesiones eléctricas, ¿representa el proceso de amparo la vía idónea para la tutela de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas? y, además, ¿es preceptivo agotar la vía administrativa antes de presentar una demanda de amparo contra medidas administrativas vinculadas a servicios públicos y concesiones eléctricas?**

En este caso, el amparo se presenta como la vía más idónea para proteger la garantía a la consulta previa de los pueblos indígenas. Esto se debe a que el proceso administrativo que la parte demandada sugirió como necesario agotar en primera instancia no ofrece las mismas garantías legales de eficiencia y celeridad que la urgencia de la situación requiere. El amparo, por su naturaleza expedita y su capacidad de responder de manera inmediata a la afectación de derechos fundamentales, es crucial en contextos donde la demora puede resultar en daños irreparables.

Además, el proceso administrativo puede carecer de mecanismos adecuados para asegurar una respuesta rápida y efectiva, lo que podría prolongar innecesariamente la resolución del conflicto y exacerbar la vulnerabilidad de los derechos de los pueblos indígenas. Por consiguiente, recurrir al amparo no sólo es apropiado, sino indispensable para asegurar una defensa efectiva y puntual de los derechos a la consulta previa, según lo demanda la situación presente. Es por ello, que considero que el recurso de amparo es el más adecuado para este caso particular, ya que este procedimiento no incluye una fase de prueba como sí lo tiene la vía ordinaria, particularmente el proceso contencioso administrativo.

Es de suma importancia mencionar también lo que establece el precedente Elgo ríos, el cual establece que el Tribunal Constitucional, en la STC No 02383-2013-AA, ha definido los lineamientos para determinar la admisibilidad de los amparos. En los considerandos 8, 9 y 10 de la RTC No 00906-2009-AA, el Tribunal ha señalado que, en casos que involucren a colectivos vulnerables, se debe considerar el amparo como la vía más adecuada para ellos (Tribunal Constitucional 2015). Esto nos deja en claro que, en materia de pueblos indígenas, nuestra legislación le da prioridad a la vía de amparo en comparación

de otras, puesto que resulta la más idónea cuando se trata sobre materia de vulneración a los derechos humanos

Además, es crucial destacar que la acción para presentar la demanda de amparo no ha prescrito en este caso. Aunque el primer párrafo del artículo 44 del Código Procesal Constitucional establece un plazo de 60 días hábiles desde el momento del hecho perjudicial para presentar la demanda de amparo, es importante señalar que, según el artículo 44.5 del mismo código, en casos de omisión no hay un plazo específico, ya que se trata de una violación continua(Wiesse, 2020). Lo que posibilita a que se pueda acceder a esta demanda sin ningún inconveniente.

Cabe resaltar que tampoco era necesaria interponer la demanda de amparo para agotar la vía previa, ya que aplican las excepciones contenidas en el artículo 43 numerales 2 y 3 del Código Procesal Constitucional que señala no será necesario agotar las vías previas si: 2) el agotamiento de la vía previa pudiera hacer que la agresión se vuelva irreversible; 3) la vía previa no está claramente establecida o ha sido iniciada sin necesidad por el perjudicado(CPC 2004). Esto nos brinda un panorama más amplio sobre el agotamiento de las vías previas en casos como el nuestro.

Lo notable es que tampoco se requería presentar la demanda de amparo para agotar la vía previa, dado que se aplican las excepciones contempladas en el artículo 43, párrafos 2 y 3, del Código Procesal Constitucional. Estos establecen que no es necesario agotar las vías previas si: 2) hacerlo podría hacer que el daño se vuelva irreversible; 3) la vía previa no está claramente establecida o ha sido iniciada sin necesidad por la parte afectada (CPC 2004). Esto amplía nuestra comprensión sobre el agotamiento de las vías previas en casos como el presente.

Asimismo, es necesario justificar de acuerdo a los hechos y a los derechos invocados, las razones por las cuales: 1) existe un riesgo de que la agresión sea irreversible en teoría, la cual se fundamenta en la implementación del proyecto y las servidumbres sin garantizar territorios indígenas; 2) la Resolución Ministerial

y al acuerdo de proinversión, en la medida que la concesión podría ser impugnada vía petición administrativa de nulidad.

Desde un punto de vista legal, el riesgo de agresión irreversible se basa en la posibilidad de que la implementación del proyecto de transmisión eléctrica y las servidumbres asociadas afecten de manera permanente los territorios indígenas. De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, es imperativo realizar consultas previas y obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de implementar proyectos que los afecten directamente. La falta de este proceso no solo vulnera derechos colectivos, sino que también compromete la sostenibilidad y la integridad de los territorios ancestrales.

En cuanto a la Resolución Ministerial 213-2011-MEM-DM y el acuerdo de Proinversión, es crucial analizar si estas medidas administrativas cumplieron con los requisitos legales de consulta y participación. La concesión del proyecto sin una consulta adecuada podría ser considerada nula, ya que contraviene tanto la normativa nacional como internacional que protege los derechos de los pueblos indígenas.

La opción de impugnar la concesión a través de una solicitud administrativa de nulidad se basa en el principio de legalidad y la protección de derechos fundamentales, ofreciendo a las comunidades afectadas medios legales para proteger sus territorios y asegurar que sus opiniones sean consideradas y respetadas en las decisiones que les afectan.

Entonces, en el contexto legal de Perú, antes de interponer una demanda de amparo, generalmente es necesario agotar las vías administrativas previas. Esto significa que antes de acudir al poder judicial, se deben seguir los procedimientos y recursos disponibles dentro de la administración pública. Sin embargo, existen excepciones a esta regla, como las mencionadas y casos en los cuales la vía administrativa no sea la más adecuada para la tutela del derecho.

## **6. CONCLUSIONES**

El análisis del caso del proyecto de la Línea de Transmisión 220 KV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas revela la importancia crucial de la consulta previa en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Se ha determinado que la falta de consulta previa constituye una afectación directa

significativa de estos derechos, ya que impide la participación efectiva de las comunidades afectadas en la toma de decisiones sobre proyectos que impactan directamente sus tierras y territorios.

Es esencial que tanto las concesiones temporales como las definitivas sean objeto de consulta previa, ya que ambas pueden tener efectos sustanciales en los recursos y la vida cultural de las comunidades indígenas. Además, la consulta previa no solo garantiza el respeto de sus derechos, sino que también promueve un desarrollo más inclusivo y sostenible, que considera las perspectivas y necesidades de los pueblos indígenas.

Asimismo, el recurso de amparo se muestra como una opción expedita y apropiada para salvaguardar estos derechos, particularmente en situaciones donde la respuesta de la administración pública podría ser insuficiente o tardía. La jurisprudencia del TC apoya firmemente el uso del amparo para proteger a grupos en situación de vulnerabilidad, subrayando su relevancia específica para los pueblos indígenas.

La décimo quinta disposición del reglamento de la Ley de Consulta Previa, que eximía a ciertos proyectos de servicios públicos de realizar la consulta previa, afectaba gravemente los derechos de los pueblos indígenas al permitir la ejecución de proyectos sin su consentimiento. Esta disposición fue declarada ilegal y finalmente eliminada, reafirmando la necesidad de realizar consultas previas en todos los proyectos que puedan impactar a las comunidades indígenas.

Por último, es crucial que el gobierno peruano fortalezca las acciones para asegurar la realización de consultas previas en todos los proyectos de desarrollo y servicios públicos que puedan impactar a las comunidades indígenas. Esto implica implementar sistemas legales y administrativos que aseguren un involucramiento efectivo y el respeto de los derechos colectivos, promoviendo un equilibrio equitativo entre el progreso económico y la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN. (2023). *Línea de Transmisión 220 kV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asociadas*. <https://www.investinperu.pe/es/app/procesos-concluidos/proyecto/5583>

Administrar proyectos (2024). *Proyectos de infraestructura: ¿Qué son y cómo funcionan?* Administrar Proyectos. <https://administrarproyectos.com/proyectos-de-infraestructura-que-son-y-como-funcionan/>

Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).

Casafranca, H & Aguirre, Y (2011). *CONSULTA PREVIA: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia* (Informe) Congreso de la República [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/221A51413BD380D305257C40007AFBB9/\\$FILE/libro\\_consutla\\_previa.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/221A51413BD380D305257C40007AFBB9/$FILE/libro_consutla_previa.pdf)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasextractivas2016.pdf>

Congreso de la República del Perú. (2001). *Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444*. Gaceta Jurídica. Recuperado de [https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/LEY%20N%C2%BA27444\\_LALEY.pdf](https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/LEY%20N%C2%BA27444_LALEY.pdf)

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (2022) Una Sentencia que fortalece la consulta previa: El derecho a consultar carreteras y servicios públicos y reconoce 14 estándares de protección. [https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2022/07/folleto\\_sentencia\\_clip.pdf](https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2022/07/folleto_sentencia_clip.pdf)

Expediente N° 02383-2013-PA/TC (2015, 12 de mayo) Tribunal Constitucional <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02383-2013-AA.pdf>

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2013). Curso de derecho administrativo. Editorial Civitas.



Ministerio de Energía y Minas (1992, 6 de noviembre). *Decreto Ley N° 25844*. Por el cual se aprobó la Ley de Concesiones Eléctricas. Sistema Peruano de Información Jurídica.  
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/25844.pdf>

Martínez, J. (2011, 12 de mayo). *Perú: Aprueban reglamento sobre consulta a PPII en actividades mineras y energéticas*. SERVINDI.  
<https://www.servindi.org/actualidad/44755>

Ministerio de Cultura (2012, 3 de abril). Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Por el que se aprobó el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sistema Peruano de Información Jurídica.  
[https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/ac7b1abb-295f-4f82-a86b-2ef4de786ba9/9\\_Decreto\\_Supremo\\_001\\_2012\\_MC.pdf?MOD=AJPERES](https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/ac7b1abb-295f-4f82-a86b-2ef4de786ba9/9_Decreto_Supremo_001_2012_MC.pdf?MOD=AJPERES)

Ministerio de Cultura (2016). Derecho a la Consulta Previa. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios.  
<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/derechos-colectivos.pdf>

Ministerio de Cultura (2024) *Etapas 1: Identificación de la medida a consultar | Consulta Previa*.  
<https://consultaprevia.cultura.gob.pe/etapas/etapa-1-identificacion-de-la-medida>

Nebreda, M. (2024, 20 febrero). *¿Qué es la jerarquía normativa?* Campus Training. <https://www.campustraining.es/noticias/que-es-jerarquia-normativa/>

Organización Regional de Pueblos Indígenas del Oriente (2023). *Quiénes somos*. ORPIO. <https://www.orpio.org.pe/quienes-somos/>

Ramsay, M. M. (2020). Una práctica a analizar: La consulta previa de proyectos de inversión en el sector eléctrico. Forseti. *Revista de derecho*, 8(11), 54-68.

Romero, J. (2022) *Aspectos generales de la participación ciudadana ambiental y la consulta previa: Entrevista a Johanna Romero*. Conexión Ambiental  
<https://conexionambiental.pe/aspectos-generales-de-la-participacion-ciudadana-ambiental-y-la-consulta-previa/#:~:text=Las%20principales%20diferencias%20radican%20en,por%20el%20Ministerio%20de%20Cultura>

Servindi (2016). Exigen consulta previa para Línea de Transmisión Moyobamba-Iquitos. Servindi - Servicios de Comunicación Intercultural. <https://www.servindi.org/23/08/2016/ppii-exigen-consulta-previa-para-linea-de-transmision-moyobamba-iquitos>

Saravia, G. (2022). *Congreso insta al TC a rectificarse de sentencia que niega el derecho a la consulta previa*. Instituto de Defensa Legal. <https://www.idl.org.pe/congreso-insta-al-tc-a-rectificarse-de-sentencia-que-niega-el-derecho-a-la-consulta-previa/>

Sandoval, H. (2023) *La Consulta Previa en los Estudios de Impacto Ambiental de los Proyectos de Infraestructura en el Perú. Serie de Litigio Estratégico Ambiental e Indígena Volumen 7. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/01/EIA-proyectos-de-infraestructura-Henry-Carhuatocto.pdf>

Valdiviezo, M. (2013). La participación ciudadana en el Perú y los principales mecanismos para ejercerla. Lima, Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/10CB865461FC9E2605257CEB00026E67/\\$FILE/revges\\_1736.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/10CB865461FC9E2605257CEB00026E67/$FILE/revges_1736.pdf)

Wiese, P. (2020). *¿Por qué debe confirmarse la sentencia que ordena la consulta del proyecto Línea de Transmisión Eléctrica Moyobamba-Iquitos?* Instituto de Defensa Legal. <https://www.idl.org.pe/por-que-debe-confirmarse-la-sentencia-que-ordena-la-consulta-del-proyecto-linea-de-transmision-electrica-moyobamba-iquitos/>

Yrigoyen Fajardo, R. (2015). Diez retos de la agenda indígena del 2015. *Revista Alertanet*, 2015-1. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS) <http://www.derechoysociedad.org/>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## Pleno. Sentencia 461/2023

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

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

### ASUNTO

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

### ANTECEDENTES

#### ***Demanda***

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



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

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





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

### ***Contestación de la demanda***

#### **a) Contestación del Minem**

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

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

Indica también que, en virtud de la Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitorias y Finales del Reglamento (Decreto Supremo 001-2012-MC) de la Ley 29785, *Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, se establece que la transmisión y distribución de electricidad no requerirá ser sometida al procedimiento de consulta previa. Además, asevera que el 6 de abril de 2011, el Minem llevó a cabo una audiencia pública descentralizada para exponer su propuesta y responder las observaciones recibidas de los interesados. Así, recalca que, durante el proceso de aprobación del plan de transmisión cuestionado, se ha respetado el principio de publicidad del proyecto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

#### **b) Contestación de Proinversión**

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

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

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





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

### **Sentencia de primera instancia o grado**

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

### **Sentencia de segunda instancia o grado**

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

## **FUNDAMENTOS**

### **Delimitación del petitorio**

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



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

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

**Cuestión procesal previa**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

### **I. El régimen de la industria eléctrica en el Perú**

#### **1.1. El sector eléctrico en el Perú**

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

---

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

---

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

### 1.2. El suministro de electricidad como servicio público

13. Dentro de la actual economía social de mercado, el Estado, conforme a lo previsto por el artículo 58 de la Constitución, mantiene un nivel de “orientación” sobre determinadas actividades, pues la supervisión que ejerza garantiza el adecuado funcionamiento de servicios de interés público. En este tenor, este Tribunal ha precisado, en el fundamento jurídico 41 de la Sentencia 00034-2004-PI/TC, que, “hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado”.
14. A mayor abundamiento, en el fundamento jurídico 40 de la referida sentencia se detalla lo siguiente sobre los elementos que constituyen un servicio público:

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

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





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

**Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:**

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

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

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

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

---

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

### II. Las concesiones eléctricas

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

Al vencimiento del plazo se extingue de pleno derecho.

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

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

---

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

### III. El Sistema Garantizado de Transmisión

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

Artículo 20.- Sistema de Transmisión del SEIN

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

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

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

---

<sup>6</sup> Artículo 1.- Definiciones

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

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





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

#### Artículo 89

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

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

#### Artículo 15

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





**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

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

Artículo 2

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

41. Al respecto, este Tribunal aprecia que, si bien son conexos e integradores, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana existen diferencias.
42. Así pues, mientras que el derecho a la consulta previa garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión definitiva que pueda afectarles, **el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por esto que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6, inciso b, y 7.** (Cfr. Sentencia 05427-2009-PA/TC, fundamento 62). [Énfasis nuestro]. Esta dimensión de tutela es un derecho continente en donde se puede incardinar la pretensión de los recurrentes: libre determinación, propiedad comunal, recursos naturales, identidad cultural y libertad religiosa (en visión propia).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, **dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.** [Énfasis nuestro].

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

46. En efecto, a nivel interno, el Ministerio de Cultura <sup>(11)</sup> ha declarado que “este derecho busca asegurar la incorporación de las prioridades de los pueblos en los planes y programas del Estado. A través de la participación, se les reconoce a los pueblos indígenas la capacidad política y jurídica de actuar activamente en los diversos procesos de desarrollo en los que se vean involucrados pueblos indígenas desde su elaboración hasta su ejecución. Es decir, la construcción del proceso, será conjunta entre el Estado y los pueblos indígenas”.
47. A nivel comparado, cabe mencionar el caso de Ecuador, el cual es un país intercultural y plurinacional<sup>12</sup>. Así, de manera concordante, se reconoce el derecho de participación de los pueblos indígenas en el artículo 57, inciso 16, de su Constitución:

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

[...]

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

49. Como se advierte, en Ecuador la imperante necesidad de incorporar al debate a los pueblos originarios en los proyectos que se avoquen a la prestación de servicios públicos, es parte de las políticas del Estado.
50. Por otro lado, también resulta pertinente invocar la experiencia en el Estado colombiano respecto a la participación de los pueblos indígenas. Según Rodríguez<sup>13</sup> “la Carta consagra diversos instrumentos como: (a) la necesidad que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial; (b) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos; y, (c) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades”

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





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

---

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

---

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





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

56. El *test* de la distintividad fue primeramente desarrollado en el caso *R v. Van der Peet* de la Corte Suprema de Canadá. Éste, resultó fundamental para la definición de los derechos de los pueblos aborígenes en los términos del artículo 35 de la Constitución de 1982 de Canadá.
57. De acuerdo con Eisenberg<sup>16</sup>, “la Corte Suprema de Canadá diseñó el *test* y un conjunto de criterios para determinar cuando una práctica cultural aborígen debería ser exceptuada de las normas estatales. Así, para que una práctica cultural aborígen reciba protección constitucional debe superar las dos etapas del *test*: en la primera etapa, el demandante deberá demostrar que la práctica en conflicto forma parte integral de la cultura indígena de la comunidad: y, en la segunda etapa, la práctica deberá ser contrabalanceada con el sistema legal con el que entra en conflicto”.
58. Asimismo, el *test* reconoce diez criterios para que una práctica cultural se considere “integral”. Estos son los siguientes, en los términos de la referida sentencia:

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

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

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

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

---

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

61. Debe anotarse que los nativos que habitan en una zona no concurren de manera ocasional, sino que su derecho al territorio es constante y forma parte de su propia identidad cultural. Por consiguiente, resulta claro que la relación con la tierra y, en sí, la propiedad indígena, forman parte de una práctica cultural, con lo cual se supera la primera etapa del *test*. En efecto, los nativos transitan dentro de todos estos territorios recolectando frutas, cazando animales, o utilizando el curso del río entre crecidas y bajas.

62. Conforme asevera CEPAL:

Para la Cosmovisión Indígena, el concepto de Madre Tierra se considera al medio ambiente como “Toda la Vida”, incluyendo los bosques, praderas, la vida marina, el hábitat, los peces y la biodiversidad, teniendo cada una de ellas un significado simbólico que define la relación de estos Pueblos con la tierra, el territorio, el agua, y demás recursos, ya que constituye la base física, cultural y espiritual de su existencia.

En relación con la madre tierra les obliga a conservar el medio ambiente para la supervivencia de las generaciones del presente y el futuro, asumiendo un rol de guardianes con derechos y responsabilidades, que defienden y garantizan la protección, disponibilidad y pureza, por ejemplo del agua, tal como se establece en la declaración de Kioto de los Pueblos Indígenas sobre el agua del 2003<sup>17</sup>.

63. En conclusión, los pueblos Kechwa Lamas, Shawi, Shiwilu, Quechuas del Marañón y Pastaza, Kandozi, Cocamas, Urarinas y Kucamas, si se constituyen en pueblos que mantienen una práctica de uso y dominio en dichas tierras, por lo que corresponde su participación y consideración en el desarrollo de los proyectos que se planifiquen en estos territorios.

64. Respecto a la segunda etapa del *test*, la propiedad de los pueblos indígenas –que involucra a su identidad cultural– se debe contrabalancear con la ausencia de normativa de rango legal sobre participación de los pueblos indígenas. En efecto, si bien el

<sup>17</sup> Disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/ponciano\\_catrin\\_y\\_vanessa\\_curihuinca.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/ponciano_catrin_y_vanessa_curihuinca.pdf)



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

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

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

### Consideraciones sobre el caso concreto

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



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

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

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





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

### HA RESUELTO

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



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOMÍNGUEZ HARO

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

Dicho esto, suscribo la sentencia.

S.

**DOMÍNGUEZ HARO**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

### **FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ**

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

En efecto, el artículo 9 de la Ley 29785 -Ley de Consulta Previa-, dispone que las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas. De este modo, corresponde a las autoridades identificar todas aquellas medidas que puedan afectar directamente a las comunidades, y garantizar la apertura de un proceso de consulta previa, libre e informada. De hecho, en virtud de dicha exigencia legal, existen sectores del Estado que han identificado el momento en que debe efectuarse la consulta<sup>18</sup>. Por ejemplo, en el sector minero se dispone lo siguiente:

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

<sup>18</sup> Cuadro elaborado por la Organización Internacional del Trabajo. Se puede consultar, en la página 15, en el siguiente enlace:  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4097371/wcms\\_821384.pdf?v=1675804474](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4097371/wcms_821384.pdf?v=1675804474)





**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

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

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el origen del derecho a la consulta previa se encuentra, principalmente, en el artículo 6.1, literal a), del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, el cual establece la obligación del Estado de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Por su parte, la fuente del derecho de participación se encuentra, fundamentalmente, en el literal b) del mismo precepto, el cual dispone la obligación del Estado de “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”.

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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





**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

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

**S.**

**MONTEAGUDO VALDEZ**





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

### **FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH**

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

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

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

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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

### **La diversidad cultural – Multiculturalismo, Pluralismo e Interculturalidad**

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



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

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

**S.**

**OCHOA CARDICH**