

Normativa: Vigente

Última Reforma: No reformado

Pleno. Sentencia 198/2022

Exp. 00015-2020-PI/TC

Caso de las medidas extraordinarias para la adquisición de áreas en el Corredor

Vial Apurímac-Cusco

RAZÓN DE RELATORÍA

Se deja constancia de que en la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 17 de marzo de 2022, se reunieron los magistrados Ferrero Costa, Sardón deTaboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa- Saldaña Barrera a efectos de pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad que dio origen al Expediente 00015-2020-PI/TC.

La votación fue la siguiente:

1. El magistrado Miranda (ponente) votó por i) declarar infundada la demanda contra el Decreto de Urgencia 026-2019, modificado por el Decreto de Urgencia 027-2019, ii) interpretar los dispositivos de conformidad con los fundamentos 73 a 75 de la presente ponencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas, y iii) declarar improcedente el extremo a la inaplicación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria. Transitoria y Final del Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta.
2. El magistrado Ferrero votó por declarar fundada la demanda y en consecuencia, inconstitucional en su totalidad el Decreto de Urgencia 026-2019 y el Decreto de Urgencia 027-2019.
3. El magistrado Sardón votó por declarar improcedente la demanda desde que se alega la vulneración del derecho a la consulta previa, por no tener este el rango normativo requerido.
4. El magistrado Blume votó a favor de declarar fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional en su totalidad los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019, sin posibilidad de interpretación.
5. —La magistrada Ledesma votó por declarar fundada la demanda y exhortar a la expedición de una nueva normatividad dirigida a la implementación de un proyecto similar, el que deberá realizarse en estricta coordinación con las comunidades que pudieran ser potencialmente afectadas, y tomando en

consideración sus prácticas y tradiciones culturales. El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votó por declarar fundada la demanda.

Estando a la votación descrita, y al no haberse alcanzado cinco votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de la Ley impugnada, la demanda fue declarada **INFUNDADA**, conforme a lo previsto en el artículo 107 del nuevo Código Procesal Constitucional y en el artículo 5, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

S.

Flavio Reategui Apaza

Secretario Relator

VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

TABLA DE CONTENIDOS

Normas impugnadas Parámetro de control

- Decreto de Urgencia 026-2019 Constitución Política del Perú

Artículos 2.16; 2.19; 43, 59, 70 y 90

- Decreto de Urgencia 027-2019 Convenio 16 de Organización Internacional
del Trabajo

1. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-I. DEMANDA

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

C. TERCERO

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

§2. LAS MODIFICACIONES DEL 026-2019 POR EL DU 027-2019

§3. EL OBJETO DE LOS DU 026 Y 27-2019

§4. SOBRE LA EXPEDICIÓN DE LOS DECRETOS DE URGENCIA 026-2019 Y 0272019 DURANTE EL INT'ERREC,NO PARLAMENTARIO

§5. EL DERECHO A LA CONSULTA DE MEDIDAS LEGISLA'I'IVAS

§6.ANÁLISIS DE LA CON'I'ROVERSA

III.FALLO

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 2 de diciembre de 2020, don Orlando Santillán Mendoza, decano del Colegio de Abogados de San Martín, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia 026-2019 y el Decreto de Urgencia 027-2019, por contravenir las disposiciones constitucionales que estipulan los derechos a la propiedad y el derecho de los pueblos indígenas referidos a la consulta previa y a la libre autodeterminación.

Por su parte, con fecha 6 de abril de 2021 Luis Alberto Huerta Guerrero, en su condición de procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

La parte postula una serie de argumentos sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-I. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

1. Para el Colegio de Abogados, los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019. han sido expedido sin observarse los requisitos exigidos por la Constitución. Señala que solo pueden emitirse decretos de urgencia cuando hay una situación de interés nacional, que se requiera atender de urgencia, que sea extraordinaria e imprevisible, y que tenga contenido en materia económica y financiera.
2. Alega que los decretos cuestionados afectan a las comunidades campesinas de Apurímac y Cusco, y por ello debió efectuarse un procedimiento de consulta. Acota que, todo acto normativo, como los decretos de urgencia que violan derechos de pueblos indígenas y comunidades campesinas, necesariamente debe ser consultado.
3. Añade que estas normas debieron ser consultadas con las comunidades campesinas demandantes, pues la regulación de la adquisición y expropiación de las tierras implican actos de "disposición" de territorios de las comunidades

- campesinas, con lo cual se afecta el derecho a la propiedad sobre sus territorios ancestrales, reconocido en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT.
4. Para el colegio de abogados demandante, habrá afectación negativa cuando se limita o menoscaba los derechos de los pueblos indígenas, y habrá afectación positiva cuando se protege, realiza, beneficia u optimiza tales derechos. Refiere que el criterio para determinar si una norma afecta derechos de los pueblos indígenas no es la denominación de la disposición, sino el análisis específico de los efectos que ella ocasiona en tales derechos.
 5. Argumenta que, en este caso, la exigencia de consulta previa se sustenta en que las normas cuestionadas generan la afectación directa de importantes derechos, donde destaca la afectación del derecho de propiedad de las comunidades campesinas demandantes, reconocido en el artículo 14, 17.2, 17.3 y 18 del Convenio 169 de la OIT, toda vez que dispone, usurpa y despoja a las comunidades campesinas de parte del territorio de su propiedad, sin antes haberles preguntado, comprado dichos territorios, establecido servidumbre o iniciar proceso de expropiación con previo pago de justiprecio.
 6. Sostiene que, según el Reglamento de la Ley del Derecho Consulta (Decreto Supremo 001-2012-MC), también las medidas de urgencia deben ser consultadas. En efecto, añade que, según la Octava Disposición Complementaria, "Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta previa, aprobado por DS 001-2012-MC, toda medida administrativa con carácter de urgencia debe ser consultada.
 7. Alega que, según los artículos 7.2.c y 8.3.c de la Ley 28223, *Ley sobre los desplazamientos internos*, los pueblos indígenas no pueden ser desplazados de territorios. Y solo por excepción, cuando se cuente con su consentimiento, esto podrá ocurrir, y siempre que se observe un conjunto de reglas muy claras.
 8. En ese sentido, refiere que, al regularse una materia que va a implicar el desplazamiento de las comunidades de sus territorios, no solo debe consultarse, sino que debe obtenerse el consentimiento de las comunidades afectadas.
 9. Por otro lado, sostiene que los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019 violan el derecho de propiedad de las comunidades campesinas, pues regulan la transferencia de propiedad de las comunidades al Estado. Añade que, materialmente se está afectando la propiedad y la posesión de tierras de las comunidades campesinas.
 10. Aduce que, en el presente caso, existen muchas otras maneras de promover la política vial a nivel nacional, sin tener que recurrir a procedimientos de despojo de tierras de comunidades campesinas. tal como está previsto en los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019, cuando se pretende pagar por debajo del valor de las tierras de las comunidades campesinas o cuando no se les compensa adecuadamente por sus tierras.
 11. Asevera que el gobierno debió de comprarles tierras a las comunidades, establecer una servidumbre o iniciar un proceso de expropiación de las tierras de las comunidades pagando su valor real, en claro respeto de su derecho de propiedad.
 12. Añade que los mencionados decretos de urgencia satisfacen el bien jurídico de promoción del desarrollo del Estado, de forma leve o en el mejor de los casos

intermedia, ya que esta carretera solo beneficia a la empresa minera "Las Bambas", pues le permite sacar sus concentrados mineros. En cambio, alega que la restricción del derecho de propiedad de las comunidades campesinas es alta e intensa, pues en los hechos se trata de la expropiación encubierta de las tierras de las comunidades campesinas, sin previo pago de justiprecio como lo exige la Constitución.

13. Afirma que, la satisfacción de los bienes jurídicos perseguida por las normas cuestionadas (promoción del desarrollo), es leve, mientras que la intervención de los derechos de las comunidades demandantes (derecho a la propiedad sobre el territorio ancestral) es intensa y alta.
14. Expone que no basta invocar la necesidad pública; esta tiene que ser acreditada. Y que si bien procede la expropiación, esta necesita un hecho habilitante: la necesidad pública. Refiere que en el presente caso no queda claro si existe una necesidad pública, o solo la necesidad de una empresa minera para sacar sus concentrados mineros. Y que una cosa es la necesidad pública entendida como el interés público, no solo del Estado sino de todos los sectores, y otra el interés de una presa minera.
15. Expresa que en virtud a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley, b) sean necesarias; e) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.
16. Cuestionan que el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 establece un procedimiento que no asegura una efectiva protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Refiere que la publicación de un aviso en diarios en español y de circulación solo en zonas urbanas, desconoce que las comunidades campesinas son quechua hablantes y viven en zonas rurales donde no llegan los diarios.

**tomen
tomen**

17. **tomen** Por ello, alega que se trata de un procedimiento profundamente discriminatorio por no ser adecuado culturalmente, pues no garantiza que los pueblos conozcan de esta norma y puedan defender su propiedad.
18. Sostiene que el plazo de 10 días establecido en el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 para que las comunidades campesinas acrediten su propiedad es arbitrario. Explica que ello desconoce la realidad del campo y la forma como funcionan las comunidades campesinas, y no toma en cuenta que estos pueblos se encuentran lejos de las zonas urbanas.
19. Para el demandante, las pruebas para acreditar propiedad no se pueden obtener en 10 días. Refiere que por lo general esto se acredita a través de complejos peritajes antropológicos, en los que se demuestre que un pueblo indígena ha ocupado un territorio, y luego de un serio trabajo de campo, por lo que 10 días de plazo resulta arbitrario.

20. Por otro lado, resalta que el plazo de 20 días para desocupar la posesión establecida en el artículo 6 del Decreto de Urgencia 026-2019 es abusivo. ya que desconoce absolutamente la protección reforzada que el ordenamiento constitucional. Además, el monto máximo establecido en el artículo 6.2 del Decreto de Urgencia 026-2019 como compensación por el territorio desconoce el valor del territorio para los pueblos indígenas.
21. Enfatiza que, las normas cuestionadas, al disponer de los territorios de las comunidades campesinas y pueblos indígenas, viola su derecho a la identidad cultural, pues desconoce la estrecha y singular relación que estos tienen con la tierra, y las formas propias de su organización.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El 6 de abril de 2021, el procurador público especializado del Poder Ejecutivo contesta la demanda esgrimiendo los siguientes argumentos:

1. Para el procurador del Poder Ejecutivo, el sustento de las normas impugnadas se encuentra en la necesidad de garantizar el tránsito a través del Corredor Vial Apurímac-Cusco (en adelante, el corredor vial), para lo cual resultaba necesario expedir medidas normativas específicas, dado que el marco normativo general no permitía hacer frente de manera urgente a los problemas identificados.
2. En esa línea, sostiene que en la exposición de motivos del Decreto de Urgencia 27-2019 se señala que su contenido se orienta a establecer "medidas para agilizar la adquisición de las áreas necesarias para la ejecución de la infraestructura que permiten el acceso a la población que se encuentra en el ámbito de la obra para la obtención oportuna de los servicios públicos básicos, tales como el de salud, educación y transporte", razón por la cual se establece "el otorgamiento de una compensación económica dirigida a los propietarios, poseedores u ocupantes cuyos inmuebles se encuentren dentro del Derecho de Vía del Corredor Vial Apurímac-Cusco".
3. Aduce que en las normas cuestionadas se ha previsto un procedimiento especial, mediante el cual las personas que deseen acogerse recibirán dos beneficios adicionales, como un pago único y extraordinario por la entrega voluntaria de la posesión del inmueble afectado; equivalente a un pago no menor a 1UIT ni mayor a 5 UIT; y una suma adicional al valor total de indemnización justipreciado.
4. Refiere que si bien originalmente, el Decreto de Urgencia 26-2019 establecía que de no aceptar el beneficiario la compensación económica, o vencido el plazo establecido para que acredite sus derechos, se procedía a la elaboración del expediente técnico legal para el proceso expropiatorio, este procedimiento (y toda mención a una expropiación) fue dejado sin efecto por la modificación realizada a través del Decreto de Urgencia 27-2019.
5. Alega que las normas impugnadas establecen un procedimiento voluntario para la adquisición de los inmuebles sobre los cuales se ejecuta el Corredor Vial Apurímac-

Cusco, sin establecer consecuencias legales negativas para quienes decidan no someterse al mismo.

6. Afirma además que en virtud del Informe 4-2021-MTC/20.11, los decretos de urgencia impugnados se vienen ejecutando en varios tramos del corredor vial, beneficiando a cientos de personas que, de manera voluntaria, han aceptado acogerse al procedimiento de trato directo. Por otra parte, alega que no se ha tenido en cuenta en aquellas zonas en donde podrían presentarse conflictos sociales.
7. Argumenta que la demanda se basa en una interpretación errónea de las normas impugnadas, pues se alega que el procedimiento previsto en ellas afectaría directamente el derecho de propiedad y otros derechos de diversas comunidades campesinas, razón por la cual debieron ser consultadas. Plantea, de forma general, que tales normas tendrían como finalidad la "apropiación", la "expropiación de tierras" y el "desplazamiento" de diversas comunidades campesinas, incluso "sin previo pago de justiprecio".
8. Sostiene que las normas impugnadas no establecen un procedimiento por medio del cual el Estado asume de manera directa la posesión o propiedad de tierras que pertenecen a alguna persona natural o jurídica. Por el contrario, establece un procedimiento voluntario orientado a su adquisición, con la finalidad de garantizar el tránsito por el corredor vial.
9. Añade que la expropiación es una potestad constitucionalmente válida del Estado, siempre que cumpla con las garantías previstas. En el presente caso, si

bien el Decreto de Urgencia 26-209 inicialmente regulaba el inicio de un procedimiento de expropiación, este fue totalmente modificado por el Decreto de Urgencia 27-2019.

1. Alega también que las normas impugnadas no establecen o regulan algún tipo de expropiación, sino solo un procedimiento voluntario para que mediante un trato directo (es decir, con consentimiento previo e informado de las partes), se llegue a un acuerdo sobre transferencia de la posesión, en tanto el Estado busca priorizar el trato directo voluntario, por el que, además, los afectados pueden obtener incluso sumas indemnizatorias mayores al valor de mercado de los mismos inmuebles.
2. Por ello, concluye en este aspecto que, las normas impugnadas no obligan a ninguna persona, natural o jurídica, incluidas las comunidades campesinas, a transferir su propiedad, ni siquiera a negociar con el Estado. Tampoco se desprende de las normas que se obligue a la renuncia de un patrimonio y, mucho menos, implica una forma de "expropiación". por lo que debe desestimarse este extremo de la demanda relacionada con la afectación del derecho de propiedad.
3. Por otro lado, asevera que las normas impugnadas no regulan derechos relacionados con los pueblos indígenas, por lo que no puede afirmarse que su contenido los afecta directamente. Asimismo, tampoco busca establecer una regulación sobre el derecho de propiedad de las personas; su contenido se limita, como se ha indicado, a establecer un procedimiento voluntario de trato directo que (ni indirectamente) la propiedad, orientado al desarrollo de un corredor vial.

4. Añade que el Tribunal Constitucional ha precisado en la Sentencia 00022-2009-PI/TC que si bien la consulta previa es un derecho constitucional, no implica un derecho de veto. A lo expuesto, agrega que aun en aquellos casos en que se haya verificado una afectación a algún derecho y no se haya efectivizado la consulta previa, se deberá analizar las repercusiones de dicha decisión.
5. Acota que los decretos impugnados establecen determinados beneficios para que los pobladores de las comunidades campesinas puedan ceder voluntariamente algunas tierras para el mejoramiento del corredor vial Apurímac-Cusco. con la finalidad de que posteriormente no sea necesario un escenario de expropiación.
6. Añade que la aplicación del test de proporcionalidad resulta irrelevante en tanto que, se ha indicado, las normas impugnadas no disponen expropiación alguna, es decir, no existe una afectación o restricción concreta al derecho de propiedad y, por ende, al derecho a la consulta previa; ni siquiera se restringe o limita el derecho a recibir un pago por las tierras de las comunidades campesinas.

C. TERCERO

Mediante Auto de fecha 27 de mayo de 2021. este Tribunal Constitucional incorporó a Gilmar Aguirre León y un conjunto de ciudadanos en calidad de terceros.

I.FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

I . En este caso debe analizarse la constitucionalidad del Decreto de Urgencia 0262019 y las modificaciones introducidas por el decreto de urgencia 027-2019 (en adelante DU 026-2019 y DU 027-219).

1. En esencia, en la demanda se está planteando que estas normas afectarían directamente a las comunidades campesinas aledañas al corredor vial Apurímac-Cusco, por lo que debieron ser materia de un proceso de consulta, en virtud del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169) y 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 (en adelante Ley del Derecho de Consulta).

3. Al respecto debe tenerse en cuenta que mediante Resolución Legislativa 26253, el Congreso Constituyente Democrático aprobó el Convenio 169, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y es además un tratado sobre derechos humanos, por lo que ostenta rango constitucional. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales re pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes [Sentencia 03343-2007-PA/TC, fundamento 31].

4. Es decir que con la demanda se estaría impugnando la normativa referida por haber incurrido en una inconstitucionalidad por la forma. Esto es cuando: a) se ha producido un quebrantamiento en el procedimiento legislativo previsto en la Constitución, b) la norma se ocupa de una materia que la Constitución ha reservado a una fuente formal de derecho específica, y; c) la norma ha sido expedida por un órgano que constitucionalmente resulta incompetente para hacerlo [Sentencia 00020-2005-PI/TC, fundamento 22].

1. En concreto, se deduce que se habrían emitido los DU 026-2019 y las modificaciones introducidas por el DU 027-2019 sin observar el procedimiento de consulta, que es un mandato que tiene rango constitucional.
2. Asimismo, la entidad demandante ha alegado que los decretos de urgencia cuestionados han sido expedidos sin observarse los requisitos exigidos por el artículo 118, inciso 19 de la Constitución. Así, los decretos de urgencia no versarían sobre materias económicas y financieras, y por ello excederían los alcances del artículo 118, inciso 19 de la Constitución.

§2. LAS MODIFICACIONES DEL DECRETO DE URGENCIA 026-2019 POR EL DECRETO DE URGENCIA 027-2019

1. Previamente cabe observar algunas de las modificaciones establecidas por el DU 027-2019. En efecto, mediante el artículo 3 de este DU se han modificado los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, numeral 9.1 del artículo 9; numerales 10.1, 10.2 y 10.3 del artículo 10, 11, 12, 13; numeral 14.1 del artículo 14; numeral 16.1 del artículo 16; y la Única Disposición Complementaria Transitoria y el Anexo del DU 026-2019
2. Es importante resaltar algunas de las modificaciones introducidas por el DU 027-2019. Por ejemplo, en el DU 026-2019 se hacía referencia a la frase "intervenciones viales temporales", mientras que con la modificación se deja de lado toda mención a la temporalidad de estas. De igual forma, se reemplazó la frase "proceso de liberación y expropiación", por un "proceso de adquisición". Asimismo, se reemplazaron los términos "afectados", por el de "beneficiarios", "áreas necesarias al liberar y expropiar para la ejecución de la obra de infraestructura", por "área necesaria para su adquisición", "área afectada" por "área necesaria"; y las referencias al "Informe técnico legal de expropiación", se reemplazaron por el no "informe técnico legal de adquisición".

- conforme**
conforme
3. Por su parte, en el artículo 7 a), se excluyó la frase "se procede a la elaboración del expediente técnico legal para el proceso de expropiación establecido en el artículo 8 del presente Decreto de Urgencia" y se le reemplazó con la frase. "se procede a la elaboración de expediente técnico legal." Aunque se indicó que la identificación del sujeto pasivo se realiza a la Tercera

Disposición Complementaria Final del *Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192*, aprobado por el Decreto Supremo 011-2019-VIVIENDA.

10. Y en el artículo 7 b) del DU 026-2019, que regula el supuesto en el que el afectado no acepta la compensación económica por el terreno, se procedía a "la elaboración del expediente técnico legal para el proceso expropiatorio establecido en el artículo 8 del presente Decreto de Urgencia." Pero con la modificatoria, ello fue reemplazado con la frase "se procede conforme a la legislación vigente".

§3. EL OBJETO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA 026 Y 27-2019

11. El artículo 2 del DU 026-2019, modificado por el 027-2019, declaró de "interés nacional la ejecución de la obra de infraestructura denominada "Corredor Vial Apurímac-Cusco". Asimismo, se ha indicado que la norma tiene por objeto aprobar medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac - Cusco, a fin de permitir el acceso a los servicios públicos (artículo 1 del DU 026-2019, modificado por el DU 027-2019).

12. Por su parte, es relevante notar que en el antepenúltimo considerando del DU 026-2019, se indica que la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles.

Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y Dicta otras Medidas para la Ejecución de Obras de infraestructura aprobado por el Decreto Legislativo 1192 (en adelante Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles), no establece un procedimiento ajustado a la "necesidad de adquirir con especial celeridad áreas ubicadas" en el corredor vial mencionado.

1. Por ello, la normativa ahora cuestionada es planteada un mecanismo que simplifica el procedimiento de adquisición establecido en la precitada norma. Esto ha sido expresado además en el último considerando del DU 026-2019, en el que se especifica que

es necesario adoptar medidas excepcionales que permitan garantizar la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales respectivas que se encuentran en el ámbito del Corredor Vial Apurímac-Cusco.

•

1. Por su parte, la exposición de motivos del DU 026-2019 también brinda luces sobre el propósito de la normativa. Por ejemplo, cuando se indica que dicha norma prevé medidas para "agilizar la adquisición de las áreas necesarias para la ejecución de infraestructura", y propone una "compensación dirigida a los

propietarios, poseedores u ocupantes cuyos inmuebles se encuentran dentro del Derecho de Vía el Corredor Vial Apurímac-Cusco" [. . .]

Asimismo, en los considerandos del DU 027-2019. se indica que el DU 026-2019,

[...] aprueba medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac-Cusco. [y] se dispone procedimientos para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac-Cusco.

16. De igual manera en el Exposición de motivos del DU 027-2019 se precisó que:

a efectos de poder dar prioridad al mecanismo de adquisición de las áreas necesarias para la ejecución del Corredor Vial Apurímac-Cusco. se propone un procedimiento en el cual se contemple la posibilidad de reconocer al beneficiario el valor total de la Tasación.

“medid

“medid 17. Para poder comprender con mayor claridad el propósito de esta normativa, es importante también revisar sus antecedentes. Por ejemplo, el Informe 3075-2019-MTC/08, del 29 de noviembre de 2019, emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes y dirigida la Secretaría General de dicho ministerio, concluye que es necesario "impulsar una norma" que apruebe extraordinarias para la liberación y expropiación de las áreas comprendidas en el Corredor vial Apurímac-Cusco" (punto 5.1)

18. De otro lado, cuando dicho Informe justifica el proyecto del decreto de urgencia, se hace mención a la Resolución Ministerial 054-2019-MTC/01.02, de fecha 30 de enero de 2019, que estableció el Derecho de Vía de la Ruta Nacional P3-3SY:

constituyendo 30 metros (15 metros de cada lado del eje de la vía, ancho que puede variar según la topografía del área circundante a la carretera y extenderse hasta 5 metros más allá del borde de los cortes, del pie de terraplenes o, del borde más alejado de las obras de drenaje y muros de sostenimiento).

19. Cabe precisar que de acuerdo con el Glosario de Término de Uso Frecuente en Proyectos de *infraestructura Vial*, aprobado por Resolución Directoral 02-2018MTC/ 14, se define el derecho de vía como:

Faja de terreno de ancho variable dentro del cual se encuentra comprendida la carretera y todos los elementos que la conforman, servicios, áreas previstas para futuras obras de ensanche o mejoramiento, y zonas de seguridad para el

usuario. Su ancho se establece mediante resolución del titular de la autoridad competente respectiva. Las obras necesarias para garantizar la seguridad y funcionamiento hidráulico en los ríos, quebradas y otros cursos de agua, no están limitadas a la indicada faja del terreno que constituye el Derecho de Vía.

20. En la exposición de motivos del DU 026-2019, además se indicó que el 73.13% de las áreas afectadas por el Derecho de Vía se encuentran inscritas en los registros públicos, 15.18% se encuentran catastradas y el 11.70% no tiene ningún antecedente. Asimismo, se indicó que el término "afectado" (que como ya se observó, fue remplazado por el de beneficiario) incluye a las personas naturales o jurídicas que ocupan o poseen las áreas ubicadas dentro del del ámbito que ocupa el Derecho de Vía.

21 . En el ya citado Informe 3075-2019-M FC/08también se indicó que, a fin de adquirir las áreas afectadas por el derecho de vía, fijado para el Corredor Vial Apurímac-Cusco, se debía proseguir en virtud de la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*. Pero se advertían, al menos, dos problemas; que la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles* no resultaba idónea (ver punto 3.2 del Informe), y que no podían implementarse los procedimientos para la expropiación de predios porque no se contaba con una ley autoritativa, tal como lo indica el artículo 70 de la Constitución. Esta situación era particular porque además tenía que tomarse en cuenta que, en diciembre de 2019, ya se había instaurado el interregno parlamentario, de acuerdo con el Decreto Supremo 165-2019-PCM, que disolvió el Congreso. Es debido a este contexto que se estimó que el Poder Ejecutivo debía impulsar una iniciativa legislativa que declare la necesidad pública del proyecto. se autorice la expropiación y se dicten procedimientos para otorgar la indemnización justipreciada.

1. Es por ello que el artículo 7.2 b) del DU 026-2019, previo a su modificación, hace referencias explícitas a la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles y al proceso de expropiación en caso de que los "afectados" no estén de acuerdo con lo ofrecido en la etapa de trato directo. Con el DU 027-2019, se mantiene el trato directo, pero en caso de que el "beneficiado" no acepte las condiciones de este. se indica que se aplicará la normativa vigente.

2. **ambientales**
ambientales En el DU 026-2019 no solamente se hace referencia a un procedimiento extraordinario para la adquisición de áreas, sino que también indica que se deben implementar intervenciones viales. Si bien en los DU 026 y 027-2019 no se especifican en qué consisten dichas intervenciones viales, en la exposición de motivos del DU 026-2019 se indica que se realizará una conservación periódica y o a rutinaria. Ello con la finalidad de dar una solución al estado de la vía, "en función a sus condiciones actuales, tráfico pesado y las condiciones

sociales para su implementación". Advierte que ello no generaría impactos negativos, puesto que las "actividades se ejecutarán sobre vías preexistentes" .

3. En suma, este Tribunal Constitucional observa que la versión original del DU 026-2019 establecía un procedimiento de expropiación para el caso particular del Corredor Vial Apurímac-Cusco, debido a que se consideraba pertinente una actuación inmediata. Más aún, si es que debido al interregno parlamentario no era factible aplicar la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*. Con el DU 027-2019, no solo se modifican algunos términos, sino que también se deja de lado toda referencia a la normativa de expropiaciones. Pero este Tribunal advierte que ello no implica que se deje de lado esta posibilidad.
4. Ello se deduce debido a que sigue existiendo la declaratoria del interés nacional de la ejecución de la obra de infraestructura Corredor Vial Apurímac-Cusco. Asimismo, el hecho de que no se haga referencia a un procedimiento de expropiación y que en vez de ello se establezca que en el supuesto que se rechace el trato directo se aplicará la normativa pertinente, claramente deja abierta la posibilidad de aplicar la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles. Más aún si es que se utiliza el término "áreas necesarias". Esto es, terrenos sin los cuales no podría llevarse a cabo el proyecto vial.
5. De otro, lado debe aclararse que la norma no solo establece un procedimiento a fin de "agilizar la adquisición de las áreas necesarias para la ejecución de infraestructura". El DU 026-2019, y su modificatoria, establecen la implementación de intervenciones viales en el Derecho de Vía del Corredor Vial Apurímac-Cusco. Es decir, se establece la ejecución de infraestructura para la cual se requiere de áreas necesarias, las que tendrían que pasar al dominio del Estado a fin de poder llevar a cabo el proyecto.
6. El Tribunal Constitucional concluye entonces que los decretos de urgencia cuestionados conllevan, implícitamente, la necesidad de obtener ciertos terrenos. para lo cual se plantea un procedimiento especial de trato directo, con plazos más cortos y se propone un monto "único y extraordinario" que no forma parte del pago del valor de tasación.

§4. SOBRE LA EXPEDICIÓN DE LOS DECRETOS DE URGENCIA 026-2019 Y 027-2019 DURANTE EL INTERREGNO PARLAMENTARIO

28. Para el Colegio de Abogados de San Martín solo se pueden expedir decretos de urgencia cuando hay una situación de interés nacional, que se requiera atender con urgencia, lo cual no se ha cumplido en el presente caso; y, por ende, los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019 han sido expedidos sin observarse los requisitos exigidos por la Constitución.

29. Por su parte, el Poder Ejecutivo alega que la materia sobre la que pueden versar los decretos de urgencia previstos en el artículo 135 de la Constitución es amplia y abarca a toda aquella que requiera ser regulada en el período de interregno parlamentario.

30. Este Tribunal advierte que, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, se puede distinguir entre decretos de urgencia "ordinarios", expedidos en virtud del artículo 118, inciso 19 de la Constitución, de aquellos "extraordinarios", que son emitidos al amparo del artículo 135 de la Norma Fundamental.

1. En el caso de los decretos de urgencia "ordinarios", debe tenerse en cuenta que la Constitución dispone en el inciso 19 del artículo 118, que le corresponde al Presidente de la República:

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

1. De la Constitución se desprende que la expedición de los decretos de urgencia debe cumplir con algunos requisitos formales: i) el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123 de la Constitución; y, ii) la obligación de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución en conexión con el artículo 91 del Reglamento del Congreso.
2. La legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma; es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifican su dictado (Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 59).
3. Ello implica que el control de constitucionalidad que efectúa este Tribunal, exige que la adopción de estas medidas responda a los criterios de: i) excepcionalidad, ii) necesidad, iii) transitoriedad, iv) generalidad; y y) conexidad (Sentencia 00007-2009-AI/TC, fundamento 9).
4. Las exigencias formales y materiales de los decretos de urgencia precisadas supra, se desprendían de la interpretación del artículo 119 inciso 18 de la Constitución: sin embargo, estas presentan matices especiales cuando se expiden al amparo del artículo 135 de la Norma Fundamental. Esta disposición constitucional establece

Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale.

1. En el presente caso, el Colegio de Abogados de San Martín aduce que los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019 adolecen de vicios de inconstitucionalidad, por cuanto no han respetado las exigencias que se desprenden del artículo 118 inciso 19 de la Constitución.

2. Sin embargo, este Tribunal no comparte tal criterio, debido a que coino, ya se ha expuesto supra, la Norma Fundamental permite la expedición de decretos de urgencia no solo en virtud del artículo 118 inciso 19 de la Constitución, sino también a la luz del artículo 135 de la Constitución (interregno parlamentario).
3. Sobre tal controversia, este Tribunal ha precisado recientemente que, en un escenario excepcional, sería irrazonable que las exigencias que debe observar el Poder Ejecutivo al emitir los decretos de urgencia durante dicho interregno sean las mismas que cuando dicha situación no se configura (Sentencia 00003-2020-PI/TC, fundamento 23).
4. Resulta razonable entonces que en tales circunstancias las limitaciones al contenido de los decretos de urgencia, relacionados con la materia económica y financiera, no resulten aplicables a los decretos emitidos a la luz del artículo 135 de la Constitución. No obstante, y sin ánimo exhaustivo, este Tribunal entiende que existen al menos dos materias vedadas para el contenido de los decretos de urgencia emitidos al amparo del artículo 135 de la Norma Fundamental, y son la prohibición de regular reformas constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional.
5. El interregno parlamentario, tras la disolución del Congreso de la República, supone una circunstancia de excepción constitucional, durante el cual el Poder Ejecutivo puede legislar mediante decretos de urgencia. No obstante, ello no exime a tales actos del control respectivo, ante el Poder Legislativo y la jurisdicción constitucional, como ocurre en el presente caso.
6. Y es que, ante la disolución del Congreso por las causales previstas en el artículo la Constitución, el Poder Ejecutivo tiene competencia para legislar a través de decretos de urgencia durante el interregno parlamentario. Sin embargo, tal circunstancia no podría ameritar que este Tribunal valide la expedición de decretos de urgencia que anulen el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales.

42. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

§5. EL DERECHO A LA CONSULTA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS

1. Mediante la Ley del Derecho de Consulta y su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC, se han establecido los mecanismos de dicho procedimiento. El artículo 2 de la Ley del Derecho de Consulta establece que los pueblos indígenas u originarios deben ser consultados en forma previa respecto a medidas legislativas o administrativas que "afecten directamente sus derechos colectivos" (artículo 2).
2. De otro lado, en el artículo 8 de la Ley del Derecho de Consulta establece que las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir con ciertas etapas que se mencionan a continuación:
3. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
4. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

5. Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
6. Información sobre la medida legislativa o administrativa.

afecten

afecten) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la legislativa o administrativa que les directamente.

1. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
2. Decisión.

diferencias

3. **diferencias** También es importante resaltar que el procedimiento de consulta se rige de acuerdo con el principio de interculturalidad, y su realización debe reconocer, respetar y adaptarse a las entre las culturas, "contribuyendo al valor de cada una de ellas" (artículo 4 b).
4. De igual forma, la jurisprudencia de este Tribunal ha entendido que el derecho a la consulta configura también un diálogo intercultural (Sentencia00022-2009-PI/TC. fundamento 17). Este dialogo se debe activar cada vez que una medida m nistrativa o legislativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos in genas.
5. Tribunal también indicó que el artículo 6 del Convenio 169establece que la consulta se realiza "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Ello no implica que, si las partes no arriban a un acuerdo o si los pueblos indígenas niegan su consentimiento, la medida administrativa o legislativa no podrá ser implementada. En realidad. lo que explica tal artículo es que la aludida finalidad debe orientar y ser el objetivo de la consulta, pero no una condición para implementar la medida.
6. Dicho de otra manera, si los pueblos indígenas no dan su consentimiento a la medida, el Estado puede implementar la medida materia de la consulta. Estado tendrá en todo caso que acreditar que hizo todo lo posible para poder las preocupaciones y sugerencias de los pueblos indígenas sobre la medida consultada. Ello en virtud del principio de la buena fe que rige el proceso de consulta.
7. En efecto, el artículo 1 5 de la *Ley del Derecho de Consulta* ha indicado que la decisión final sobre la aprobación de la medida consultada corresponde a la entidad estatal competente. Dicho artículo también indica que la decisión debe estar debidamente motivada, lo que implica una evaluación y consideración de las sugerencias y recomendaciones planteadas por los pueblos indígenas.
8. Es decir, la regla general es que, si bien el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento, ello no implica que se requiera de modo indispensable el

consentimiento del pueblo indígena para que la entidad estatal puede implementar la medida consultada.

9. Ello no significa que en algunos casos sí se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para poder implementar tal medida. Por ejemplo, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta establece que la autorización o decisión de almacenar materiales peligrosos en territorios de pueblos indígenas no puede realizarse "sin el consentimiento de los titulares" del territorio.
10. Por su parte en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que:

[. . .] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (fundamento 134).

53. En dicho caso la Corte precisó que siempre que exista un plan de desarrollo o de inversión que pueda tener un "impacto profundo" en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo indígena, se tendrá que requerir no solo un procedimiento de consulta, sino también se tendrá que obtener el consentimiento re, previo e informado según sus costumbres.

54. Este Tribunal Constitucional advierte que la Corte Interamericana no estableció un contenido específico del término "mayor impacto" o "impacto profundo", pero ello no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso por caso.

55. En suma, la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas, y no se requiere contar con el consentimiento de estos para proseguir con la medida. De otro lado, en ciertas circunstancias en donde se prevea un "impacto profundo" en los derechos de propiedad de los pueblos indígenas o sus miembros, tal como el almacenamiento de materiales peligrosos en sus territorios, además de la consulta, se requerirá obtener el consentimiento del pueblo indígena.

1. Se aprecia, en suma, una configuración dinámica y contextualizada del derecho de consulta, pues se requiere más obligaciones cuando el impacto es mayor y menos obligaciones cuando el impacto pueda ser considerado menor. Dicha configuración encuentra su fundamento no solo en el Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino especialmente en el principio de flexibilidad, explicado en el artículo 5, literal b) del Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta, que establece que:

Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una

forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado.

1. De igual forma en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (Sentencia 00022-2009-PI/TC, fundamentos 31-32), se ha indicado lo siguiente:

oimento

oimento[...] principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras intensidad de intervención se prevea. mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

1. Tratándose de una consulta sobre una medida legislativa, es relevante tener presente lo establecido en la Sentencia 00022-2009-PI/TC. en donde el Tribunal a llamó la atención sobre la necesidad de distinguir, cuando menos, 3 configuraciones de normas legales:
2. medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas:
3. normas de alcance general que podrían implicar una afectación "indirecta" a los pueblos indígenas; y,
4. medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [fundamento 21].
5. Desde luego. existen otras configuraciones que pueden generarse. Piénsese en una medida legislativa específica o especial que, sin incluir referencias a los pueblos indígenas, regula aspectos relacionados con estos de manera implícita, generando una afectación directa.

§6. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

1. En la contestación de la demanda se ha planteado que el DU 026-2019. modificado por el DU 027-2019. Es unanorma de alcance general que implicaría, en todo caso, una afectación indirecta a los pueblos indígenas. Por consiguiente. alega que no existía una obligación de llevar a cabo una consulta previa.
2. Para este Tribunal, la norma está lejos proyectar mandatos generales. Por el contrario, el decreto de urgencia y su modificatorio establecen un proyecto y un procedimiento específico para el contexto del Corredor Vial Apurímac-Cusco. Es

más, plantean excepciones al régimen general de la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, al régimen de la Ley 30225, Ley del Contrataciones del Estado (ver artículo 14 del DU 026-2019 y su modificatoria) y a la Ley 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019 (art. 16 del DU 026-2019).

3. Por ello, se trata de una ley especial emitida en virtud de lo establecido por el artículo 103 de la Constitución, atendiendo a la naturaleza de las cosas. Como va lo ha indicado este Tribunal en la Sentencia 00018-2003-AI/TC:

Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo *sui generis* de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas.

En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas.

1. Por lo expuesto, debe rechazarse el argumento del Poder Ejecutivo en este punto. Pero estas consideraciones sirven también para identificar propiamente los alcances de los decretos de urgencia cuestionados. Se observa que el DU 026-2019, y su modificatoria, configuran una ley especial, que regula un contexto particular.
2. Como ya se ha indicado. El DU 026-2019, modificado por el DU 027-2019, declaró de interés nacional la ejecución de la obra de infraestructura Corredor Vial Apurímac-Cusco. Además, estableció un procedimiento de trato directo con la finalidad de adquirir las áreas necesarias para ello.
3. Por su parte, el ya citado Informe 3075-2019-MTC/08. indicó en su punto 3.5 que la Unidad Gerencial de Derecho de Vía contaba con una pre identificación de áreas afectadas por el Derecho de Vía del Corredor Vial Apurímac-Cusco. De otro lado en el punto 3.2 de dicho informe se expone que a través del trato directo "únicamente se han liberado 20 km de carretera (Comunidad Campesina Choquecca Antio, Pumamarca y Allahui). Es decir, el Ministerio de Transportes tenía conocimiento de la existencia de comunidades campesinas en el área. Más aún, la Comunidad Campesina Pumamarca. por ejemplo, se encuentra en la Base de datos oficial de los Pueblos Indígenas Originarios del Ministerio de Cultura, con resolución de reconocimiento 277-76-OAJAF-ORAMS-VII.
4. La situación descrita debió poner en marcha la aplicación del artículo 8 de la *Ley del Derecho Consulta* y el artículo 8 del su Reglamento respecto de la Comunidad Campesina Pumamarca, por cuanto fue identificada como pueblo indígena. Dicho mandato se debía extender además a cualquier otra comunidad campesina que haya sido reconocida como pueblo indígena, de acuerdo con la normativa pertinente.
5. El Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta estatuye que el término afectación directa implica la producción de cambios en la situación jurídica o en el

ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (artículo 3 b. del Decreto Supremo 001-2012-MC).

referencia

6. **referencia** Este Tribunal ha observado que el DU026-2019, modificado por el DU 027-2019, hace a la necesidad de contar con "áreas necesarias" para poder implementar la ejecución de la obra de infraestructura Corredor Vial Apurímac-Cusco. Ello significa que existe un proyecto de infraestructura para el cual se necesita (por eso la mención a las "áreas necesarias") cierto espacio territorial.
7. Dado el espacio territorial que cruza este Corredor Vial Apurímac-Cusco, es razonablemente probable que tales "áreas necesarias" puedan sobreponerse a territorios de pueblos indígenas. Es decir, el proyecto materia de interés nacional, para el cual se requiere adquirir áreas de terreno, es susceptible de afectar a pueblos indígenas.

conforme

8. **conforme** Si bien en la contestación de la demanda se ha indicado que solo se estaría planteando un mecanismo voluntario para la adquisición de tierras, este argumento deja de lado que el objeto de la norma es la ejecución de infraestructura de un proyecto declarado de interés nacional. por lo que como se indicó en el artículo 7.2 del DU 026-2019, modificado, en caso de que el beneficiado no acepte la compensación económica se "procederá a la legislación vigente." Este Tribunal entiende que esta se refiere a la normativa relativa a expropiaciones.
9. En suma, la norma plantea que se llevará a cabo un proyecto susceptible de afectar la propiedad territorial de los pueblos indígenas. En tal sentido. corresponde concluir que se debió realizar la consulta previa en aquellas áreas donde se verifique la propiedad de pueblos indígenas. de acuerdo con la normativa vigente sobre esta materia.
10. Ello no implica necesariamente que las normas impugnadas tengan que ser declaradas inconstitucionales y expulsadas del ordenamiento jurídico nacional. Y es que, dentro de la especificidad del ámbito normado por estos decretos de urgencia. existe la diferencia entre aquellos territorios que pertenecen a pueblos indígenas y aquellos que no pertenece a pueblos indígenas.
11. En tal sentido, en virtud del principio de conservación de la ley -que exige al juez constitucional "salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada [Sentencia00004-2004-CC/TC, fundamento 3.3]- debe ponderarse la interpretación de la norma. Así, la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra interpretación factible.
12. Este Tribunal advierte que la norma bujo cuestionamiento puede ser interpretada en el sentido que los alcances de su articulado excluyen a la propiedad territorial

de los pueblos indígenas, y de esta manera deben ser comprendidos o interpretados el DU 026-2019 y su modificatoria. Solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre la propiedad de los pueblos indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta previa.

13. Esta interpretación es compatible. además, con lo establecido de manera general en la Cuarta Disposición Complementaria Final del DU 026-2019, que establece,

En la implementación de las disposiciones contenidas en el presente Decreto de Urgencia, las entidades competentes garantizan los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, conforme a la normativa vigente en la materia.

1. De otro lado, y en vista de lo considerado hasta ahora, la pretensión referida a la supuesta omisión del consentimiento de los pueblos indígenas debe ser estimada, dado que el sentido interpelativo del DU 026-2019 y su modificatoria, no incluye a los pueblos indígenas.
2. Por último, la pretensión referida a la inaplicación, vía control difuso, de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del *Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta*, debe desestimarse, por cuanto la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Sentencia 29126-201 8, del 24 de octubre de 2019. declaró fundada la demanda de acción popular. En tal sentido, dado que dicha disposición ya no forma parte del ordenamiento jurídico. no es factible emitir un pronunciamiento al respecto.

Por estas consideraciones, mi voto es por lo siguiente:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia 026-2019, modificado por el Decreto de Urgencia 027-2019, que aprueba medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac-Cusco.

2. **referidos referidos** **INTERPRETAR** los dispositivos de conformidad con los fundamentos 73 a 75 de la presente ponencia. debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo referido a la inaplicación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la *Ley del Derecho de Consulta*.

S.

MIRANDA CANALES

PONENTE MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados. emitimos el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

En el presente caso, el Colegio de Abogados de San Martín solicita que se declare inconstitucional el Decreto de Urgencia 026-2019 y su modificatoria, el Decreto de Urgencia 027-2019. En esencia, argumenta que las referidas normas afectan directamente a las comunidades campesinas aledañas al corredor vial Apurímac-Cusco, por lo que debió ser materia de un proceso de consulta, en virtud del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Ley 28785. Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Según el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política del Estado. dictar decretos de urgencia es una atribución del Presidente de la República. Empero. este no puede legislar, vía decretos de urgencia, sobre lo que se le ocurra. Solo puede hacerlo sobre asuntos urgentes "en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso". Las medidas extraordinarias para la adquisición de áreas en el Corredor Vial Apurímac-Cusco no es materia urgente ni económico-financiera.

En la sentencia 00010-2020-PI/TC. este Tribunal señaló que los límites de los decretos de urgencia extraordinarios -expedidos cuando el Congreso de la República es disuelto por el Presidente de la República no son idénticos a los que corresponden a los ordinarios expedidos cuando el Congreso está en funciones Empero. ello no significa que aquellos no tengan ningún límite formal y material. En la misma sentencia se insistió que, durante el interregno parlamentario, "el Poder Ejecutivo tiene habilitada la competencia para legislar a través de decretos de urgencia. con base -y también con límites en la propia Constitución" (fundamento 30).

Dicha sentencia trata de una materia eminentemente económica, puesto que la intervención notarial en el arrendamiento financiero incide en la informalidad. Los decretos de urgencia cuestionados en el presente proceso de inconstitucionalidad no contienen una materia semejante. En puridad, contienen medidas extraordinarias de liberación y expropiación de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el Corredor Vía Apurímac-Cusco. Esto no puede hacerse. a través de decretos de urgencia. Evidentemente, por tanto, los decretos de urgencia constituyen un ejercicio abusivo de una atribución constitucional.

A mayor abundamiento, estos decretos de urgencia vulneran el principio de separación de poderes consagrado en el artículo 43 de la Constitución. Según este precepto. La facultad de legislar reside en el Congreso de la República, ya que este está integrado por representantes de todas las corrientes de opinión que existen en la sociedad corresponde al Congreso de la República porque es allí donde se analiza y pondera mejor todas las consecuencias que derivan de las leyes. El Poder Ejecutivo, representa solo a la corriente de opinión mayoritaria (a veces. a una muy relativa).

Por todo ello, nuestro voto es por declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** en su totalidad el Decreto de Urgencia 026-2019 y el Decreto de Urgencia 027-2019.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto singular pues la demanda de inconstitucionalidad planteada contra los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019 se sostiene. esencialmente, en la supuesta infracción constitucional que significaría no haber realizado el procedimiento de consulta a las comunidades campesinas aledañas al corredor vial Apurímac-Cusco, de manera previa a su emisión.

Sin embargo, el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. En realidad, no podía estarlo siquiera, ya que hubiese roto toda su lógica. El artículo 2 de la Constitución, en efecto, establece derechos que corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales; es decir, no establece derechos para grupos sociales determinados. Tampoco deriva del artículo 89 de la Constitución, ya que las comunidades campesinas a las que alude este artículo deben organizarse jurídicamente para existir: la existencia de los pueblos tribales e indígenas, en cambio, es independiente del orden jurídico.

.
. .
.

Por tanto, el derecho a la consulta previa deriva directamente del Convenio 169 de la OIT. Empero, para que este convenio hubiese añadido un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse hecho conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional, como lo requiere el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución. Este dice lo siguiente:

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República [*énfasis añadido*].

Según el Diccionario de la Lengua Española, afectar es:

Producir alteración o mudanza en algo.

Evidentemente, agregar un derecho fundamental a la Constitución alterarla. Por tanto, no se puede hacerlo sin seguir el procedimiento de reforma de la Constitución.

menos

menos El Convenio 169 fue ratificado por el Perú el 26 de noviembre de 1993. En ese momento, si bien aún no estaba vigente la Constitución -ello ocurrió recién el 31 de diciembre de 1993-, su texto ya había sometido a la aprobación de la ciudadanía a través del referéndum. Este fue realizado, en efecto, el 31 de octubre de 1993. A partir de ese momento, no podía cambiársele una coma al texto constitucional ni agregársele un derecho fundamental sin seguir el procedimiento previsto para la reforma constitucional.

Por demás, cabe precisar que la Constitución no establece que los tratados sobre derechos humanos tengan rango constitucional; tienen solo rango legal. Lo anterior se desprende de una lectura conjunta del artículo 200, inciso 4: los artículos 56 y 57; y, la cuarta disposición final y transitoria.

Por

Por tanto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019, desde que se alega la vulneración del derecho a la consulta previa, por no tener este el rango normativo requerido.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

OPINANDO QUE DEBE DECLARARSE FUNDADA LA DEMANDA E INCONSTITUCIONALES EN SU TOTALIDAD LOS DECRETOS DE URGENCIA 026-2019 Y 027-2019

Con el debido respeto hacia mis distinguidos colegas Magistrados que han asumido una posición discrepante a la mía en la resolución de la presente controversia constitucional, considero que los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019 son inconstitucionales en su totalidad, puesto que, siendo la disolución del Congreso dispuesta por el hoy vacado ex presidente Martín Vizcarra un acto inconstitucional, como lo dejé sentado en el voto singular que emití conjuntamente con el Magistrado Ferrero Costa en el proceso

competencial recaído en el expediente 00006-2019-PCC/TC, deviene en inconstitucional todo acto derivado de la misma, como lo son los decretos de urgencia impugnados.

De otro lado, considero que tanto el Decreto de Urgencia 026-2019 como su modificatoria, dada por el Decreto de Urgencia 027-2019. que aprueban medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el corredor vial Apurímac- Cusco, no resisten el menor análisis de constitucionalidad, por cuanto:

1. Desnaturalizan la excepcionalidad de los decretos de urgencia;
2. Colisionan con la naturaleza esencialmente temporal de tal tipo de normas; y
3. Constituyen un sinsentido toda vez que el decreto de urgencia no debe ser generado por causal impulsada por el propio emisor.

Todo ello violentando la esencia, la lógica y el sentido de lo dispuesto por los artículos 134 y 135 de la Constitución, que regulan la expedición de legislación nacional infraconstitucional de primer rango en el interregno producido entre la disolución del Congreso y la asunción de su tarea normativa por el nuevo Congreso; legislación que está constreñida al cumplimiento del propósito de restablecer la plena separación de poderes y la competencia normativa del Congreso de la República.

Sentido de mí voto

En tal sentido, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y. en consecuencia, inconstitucional en su totalidad los Decretos de Urgencia 026-2019 v 027-2019, sin posibilidad de interpretación.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La explotación minera sólo debería realizarse cuando exista equilibrio entre los derechos e intereses de las comunidades campesinas, empresas Estado,

Lamentablemente nuestra historia nos muestra que los fuertes siempre han aplastado a los débiles. Así ha sido ayer. es hoy por visto será mañana también.

Dicen que a veces una imagen vale más que mil palabras. Por eso empiezo este voto, compartiendo una imagen que quiere graficar la problemática del caso. Si bien formalmente se orienta al control abstracto de una norma, dicha norma invisibiliza -en

esencia- los derechos básicos de los pobladores que ocupan ancestralmente las áreas donde opera el corredor minero Las Bambas.

Debo hacer las precisiones sobre el contexto en el que se expiden las normas impugnadas, Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019. La empresa minera de cobre MMG Las Bambas necesitaba el corredor vial Apurínac-Cusco para hacer circular diariamente entre 200 y 300 enormes camiones de concentrado de mineral y el Gobierno peruano necesitaba viabilizar la transitabilidad en dicho corredor vial y contribuir a dinamizar la economía del Estado peruano.

Ver imagen en la página N° 29 de la sentencia

El gran detalle, que no se muestra, es que en ese corredor existen personas humanas, peruanos y peruanas, que habitan dichas tierras y que desarrollan su vida bajo su cosmovisión ancestral propia de su cultura. Las personas de las comunidades que viven en estas zonas necesitaban entender lo que estaba pasando, a fin que se les permita participar en los asuntos públicos que les podían afectar directamente y sobre todo que se les pregunte si esos cambios afectarían su vida cotidiana y cómo -consensuadamente- se podría remediar esa intervención. El desarrollo minero que se quiere implementar no puede llevar a invisibilizar a los pobladores que habitan dichas áreas.

Desde que se expiden los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019 (12 y 14 de diciembre del 2019) hasta hoy, sólo esta empresa minera MMG Las Bambas y el Gobierno pudieron cubrir sus necesidades, pero ellos no son los únicos protagonistas de esta historia. Los pobladores de la zona intervenida también lo son y por ello, surge la pregunta ¿Y qué paso con los pobladores de las comunidades que viven en la zona? Nada, sencillamente eso, ¡NADA!. Ellos no merecieron ninguna consideración. Sólo les quedaba, como en la imagen1 , mirar el paso de los enormes camiones y soportar los efectos que genera para el medio ambiente en el que viven y desarrollan su labor de subsistencia.

A pesar que la Constitución Política del Estado afirme que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, esto no resulta convincente para quienes habitan esta zona y soportan los efectos de la normatividad diseñada e impuesta por la urbe limeña, y no tienen, por el momento. otra opción de resignarse, como siempre, a ser invisibles a los ojos de funcionarios y autoridades que no miran la problemática de manera integral. Hay un sector de peruanos y peruanas, que deben ser visibilizados y atendidos por las reformas e intervenciones que se quiera hacer en las tierras que vienen ocupando ancestralmente.

1 Foto de Reuters, 3 marzo de 2022, tomada de la página de América Economía: <https://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/mina-las-bambas-de-mc-enlenta-su-tercerbloqueo-del-ano-en-peru>

Por ello, considero que la demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019, debe ser declarada **FUNDADA** y en consecuencia

inconstitucionales dichos decretos porque vulneran el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas. así los derechos a la identidad étnica y cultural, al uso del propio ante cualquier autoridad, de propiedad y a la participación ciudadana de las comunidades indígenas y también de las comunidades campesinas. Además, estos Decretos son inconstitucionales por la falta de deliberación en la formación de dichas normas legislativas, más aún si fueron expedidas por el Poder Ejecutivo en los tiempos que estaba disuelto el Congreso de la República.

En este voto parto de reconocer que si bien es cierto que no toda comunidad campesina es a la vez una comunidad indígena, también lo es que todas las comunidades campesinas, así sean comunidades indígenas o no, tienen derechos fundamentales que deben ser respetados por todas las autoridades y particulares. Además, estas comunidades, por formar parte de los grupos en condición de una histórica vulnerabilidad, deben merecer un tratamiento especial por parte de las autoridades y particulares para poder superar dicha condición de vulnerabilidad.

Precisamente el Estado tiene la obligación de proteger y hacer efectiva la igualdad material en el ejercicio de los derechos de todas las personas. Los derechos de una empresa minera o los intereses del Estado no deben valer más que los derechos de las comunidades indígenas o las comunidades campesinas. Es ya conocido el contexto histórico de discriminación y postergación que, durante siglos han sufrido las comunidades campesinas, sean indígenas o no.

Los mencionados Decretos de Urgencia establecían medidas extraordinarias. primero para "expropiar áreas" . lo que fue cambiado por "adquirir áreas", en el corredor vial Apurímac-Cusco. Teniendo en cuenta los elementos probatorios adjuntados en autos estimo que tales Decretos, bajo la apariencia de ser de carácter general, debieron ser sometidos a una consulta previa, libre e informada de todas aquellas comunidades indígenas de los específicos ámbitos territoriales en los que se construyó el referido corredor vial, pero también debieron tomar en cuenta los mencionados derechos de las comunidades campesinas, sean indígenas o no, antes de decidir "de facto" que se debían "adquirir" tales áreas.

No comparto los argumentos de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional que declara infundada la demanda y menos aún que hayan realizado una pésima interpretación que, según dicen, salva la constitucionalidad de los Decretos de Urgencia impugnados.

▪

▪Una interpretación de la ley conforme con la Constitución es correcta cuando se identifica un texto que puede tener dos o más sentidos interpretativos, de modo que al verificar un sentido que sea conforme con la Constitución se salva a la disposición de ser expulsada del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la mayoría del Tribunal Constitucional no ha identificado un texto de los Decretos de Urgencia que tengan diferentes sentidos

interpretativos, sino que, como si fueran legisladores, le han agregado un nuevo contenido a los Decretos de Urgencia: debe comprenderse que "la norma no es aplicable para los pueblos indígenas" (punto resolutivo 2 de la sentencia).

Ese no es un sentido interpretativo de alguno de los 17 artículos del Decreto de Urgencia 026-2019 o de las más de 17 reformas del Decreto de Urgencia 027-2019. Respetuosamente estimo que ese agregado interpretativo de la mayoría del Tribunal Constitucional es irrelevante en este proceso de inconstitucionalidad, más aún que, aunque sorprenda, en el fundamento 65 de la propia sentencia se da cuenta de la existencia de la comunidad de Pumamarca (que se encuentra en la Base de datos oficial de los Pueblos Indígenas Originarios del Ministerio de Cultura, con resolución de reconocimiento 277-76OAJAF-ORAMS-VII) y en el fundamento 71 se concluye que

"corresponde concluir que se debió realizar la consulta previa en aquellas áreas donde se verifique la propiedad de pueblos indígenas"

Estos argumentos eran suficientes para declarar la inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia impugnados toda vez que el legislador, en este caso el Poder Ejecutivo, antes de disponer la "expropiación" o "adquisición" de terrenos de una comunidad indígena debió realizar la consulta previa. No habiéndolo hecho, devenían en inconstitucionales.

Al resolver de este modo, la mayoría del Tribunal Constitucional no sólo no ha protegido el derecho a la consulta de las comunidades indígenas, sino que no ha tomado en consideración decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que ha sostenido que, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento, lo cual puede ocurrir en el caso de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 17).

Más allá de los artificios jurídicos que contienen los decretos de urgencia impugnados, el mensaje del Poder Ejecutivo hacia las comunidades que habitan en el ámbito del corredor vial Apurímac y Cusco, es el siguiente: si quieres te pago por tus tierras. Es mejor que lo decidas rápido y voluntariamente porque si no te las "expropio" (Decreto de Urgencia 026-2019) o, mejor corrijó, las voy a "adquirir" de ustedes, pero si no quieren entregarlas rápido y voluntariamente, inicio la ejecución coactiva para obtener la posesión, se ordena el lanzamiento de ustedes de esas tierras y luego yo tomo la posesión de estas (Decreto de Urgencia 027-2019). De este modo, los enormes camiones podrán transitar libremente y sin ningún obstáculo. Lamentablemente la mayoría del Tribunal Constitucional no ha podido impedir esta arbitrariedad.

Es por estas razones que emito el presente voto al no compartir lo decidido por la mayoría del Tribunal Constitucional. Fan seguida. ampliaré mis argumentos, refiriéndome a los siguientes puntos: I. La protección constitucional de los derechos de los pueblos indígenas; II. El derecho a la consulta previa en el marco de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; III. La aplicabilidad de los estándares del Convenio a comunidades campesinas; IV. La obligación de someter a consulta y de obtener el consentimiento de las comunidades. V. La necesidad que la consulta sea realizada a través de procedimientos culturalmente apropiados para el caso de las comunidades; y VI. Consecuencias de la posición asumida en este voto

1. La protección constitucional de los derechos de los pueblos indígenas

I . La necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas o de las comunidades campesinas y nativas se deriva del reconocimiento de nuestra historia y del hecho que vivimos en una sociedad caracterizada por la pluralidad. Es así que, en el contexto de una sociedad abierta al pluralismo, el artículo 2.19 de la Constitución de 1993 "reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, lo cual obedece a la presencia de una gran diversidad que es producto de los procesos históricos y geopolíticos que han caracterizado al Estado peruano. Este pluralismo, además, se refleja en muchos ámbitos de la dinámica social, tal y como ocurre, esencialmente, en el caso de la normatividad y la función jurisdiccional" [STC 02765-2014-PA, fundamento 10].

1. En esta misma línea, el artículo 89 de la Constitución peruana de 1993 reconoce que se debe respetar la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, esto supone la promoción de un sistema "de carácter dialógico en el que las distintas creencias y culturas tienen algo que aportar. En efecto, la noción de lo que podría entenderse por vida buena o justicia ostenta tantos significados como culturas existen. Esto ha generado, a su vez, una visión pluralista de la sociedad que reconoce la presencia de distintos sistemas de creencias y de valores" [STC 02765-2014-PA, fundamento 8]. Esta suerte de "Constitución Intercultural", que encuentra cobijo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se desprende de diversos artículos reconocidos en la Constitución:
2. Artículo 2.19 de la Constitución, que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural.
3. Artículo 17 de la Constitución, en el que se reconoce la obligación del Estado de garantizar una educación bilingüe e intercultural. También se dispone la preservación de las manifestaciones culturales y lingüísticas del país.
4. Artículo 48, que reconoce no solo al castellano como lengua oficial, sino además a otras lenguas aborígenes, siempre y cuando predominen en la zona en donde habitan las comunidades.
5. Artículo 89 de la Constitución. que admite la autonomía

organizativa, económica y administrativa a las comunidades

Campeñas y Nativas, así como la libre disposición de sus tierras.

1. Artículo 149 de la Constitución, que reconoce las funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas.
2. El artículo 191 de la Constitución, que reconoce la representación de

las Comunidades Campesinas y Nativas en los Consejos Regionales y Consejos Municipales.

1. En todo caso, e independientemente del hecho que la protección de los pueblos indígenas o de las comunidades campesinas obedezca a la obligación del Estado peruano de preservar la identidad cultural, lo cierto es que la especial protección a favor de estos colectivos obedece a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, y que amerita, como no podía ser de otro modo, que cualquier medida que suponga una restricción de sus derechos sea prolijamente ponderada. Es ya conocido el contexto histórico de discriminación y postergación que, durante siglos, ellas han sufrido por parte del Estado, y que generó que no se les reconocieran como titulares de diversos derechos. De esta manera, estas suelen encontrarse, en mayor medida que el resto de la sociedad, expuestas a la pobreza, y ello se refleja en los bajos índices de calidad en diversos servicios públicos, como ocurre con la salud y la educación.
2. Sin perjuicio de ello, uno de los problemas más recurrentes para los pueblos indígenas es, sin duda, el relativo al acceso y la tenencia de sus tierras. Por lo general, las autoridades tanto públicas como privadas han tomado ventaja del desconocimiento de las comunidades para adoptar medidas que han terminado por afectar sus propiedades y, con ello, diversos aspectos de su vida. Es ya conocida la estrecha relación entre las tierras y el ejercicio de diversos derechos por parte de sus integrantes. Esto puede realizarse de diversas maneras: por el pago de sumas irrisorias por sus territorios, por la simple apropiación por parte del Estado sin la realización de una consulta, o por la celebración de esta como una simple formalidad y sin que se adopten las medidas de ajuste o acomodamiento que sean indispensables para que se trate de un acuerdo legítimo. Con posterioridad examinaré en este voto lo indispensable que resulta, en aras de prevenir vulneraciones al derecho a la propiedad, que las consultas sean realizadas de forma culturalmente condicionadas, ya que lo contrario supone simplemente encontrar maneras novedosas de invisibilizar sus derechos.
3. Todo este contexto de postergación se refuerza por las condiciones estructurales en las que se desenvuelve el sistema de justicia en los procesos judiciales en los que participan las comunidades. Cuestiones como la dificultad por el no conocimiento o comprensión del idioma castellano han generado considerables dificultades para que ellas puedan conocer los verdaderos alcances de los acuerdos o pactos celebrados con las empresas, o, en caso ellas hubiesen advertido alguna irregularidad, para poder plantear un caso ante un tribunal de justicia. Esto también, como ocurre en el presente caso, es aplicable a las medidas que adopta

el Estado. el cual, evidentemente, se encuentra en una condición de garante al ser el ente que debe conocer o estar en la posibilidad de conocer las formas de comunicación con los pueblos o comunidades contactados.

4. De toda esta exposición a situaciones de vulnerabilidad se desprende que el Estado peruano se encuentre obligado a garantizar la adopción de medidas de tutela reforzada a favor de los pueblos indígenas o de las comunidades campesinas y nativas. Entre estas, claro está, se encuentra el deber de velar que no se vean despojadas de sus territorios, ya que ello puede ocasionar un severo impacto en sus condiciones de vida, lo cual obedece a la conocida conexión que existe entre los lugares en los que habitan y los recursos indispensables para su supervivencia física y cultural. En ese sentido, se ha señalado que "[e]n lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres" [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 17 de junio de 2005, párr. 63].
5. De esto se desprende que el Estado peruano se encuentra obligado de garantizar que no se presenten asimetrías en lo relativo a las negociaciones, sea que participen terceros o el mismo Estado. La jurisprudencia es bastante clara en cuanto al deber de evitar esta clase de conductas cuando son los particulares los que incentivan la realización de procedimientos de consulta que no se adaptan a las prácticas culturales de las comunidades, lo que genera un vicio que afecta toda su realización. Ciertamente, esto no supone negar que existe un amplio margen dentro del cual resulta jurídicamente viable que se puedan llegar a acuerdos compatibles con los derechos que la Constitución reconoce a favor de las comunidades. Sin embargo, cuando se adviertan pactos o arreglos que sean manifiestamente irrazonables, el Estado no puede permanecer en una situación pasiva. Se ha señalado, al respecto, que "el Estado deberá siempre vigilar de cerca el comportamiento de las empresas para garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas" [Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/12/34. Informe de 15 de julio de 2009, pág. 21].

8. Ahora bien, considero que ese deber es aún más notorio cuando quien se encuentra involucrado es el mismo Estado. Este tiene aun mejor conocimiento de la situación de las comunidades, y debe, por ello, velar porque esa identidad cultural sea respetada en relación con la adopción de medidas que puedan afectar a las comunidades. En este caso, por ejemplo, la realización de medidas de un aparente impacto general, también tienen una seria incidencia en los derechos de las comunidades, y, pese a ello, no se realizó ninguna consulta que tuviera en cuenta sus intereses. Es por ello que, antes de analizar las razones que justificaban

la realización de una consulta en este caso, sea preciso efectuar algunas consideraciones en relación con el derecho a la consulta previa, libre e informada.

II. El derecho a la consulta previa, libre e informada en el marco de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

9. El derecho a la consulta previa, libre e informada se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT en los siguientes términos:

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

1. consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
2. 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;
3. establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

10. En similares términos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada mediante Resolución 61/295, dispone, en su artículo 18, que "[l]os pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones". Es por ello que, como establece el artículo 19 del mismo documento, los Estados "celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado".

11. En consecuencia, se desprende que existe un deber de realizar la consulta previa, libre e informada cuando se advierta la posible existencia de medidas legislativas o administrativas que puedan potencialmente afectar los derechos de los pueblos indígenas. Evidentemente, la noción de "afectación directa" debe ser lo suficientemente flexible como para identificar el amplio abanico de supuestos en

los que una medida puede perturbar el ejercicio de los derechos de las personas que integran las comunidades. Si bien el Tribunal Constitucional peruano no ha incidido particularmente en este punto, se trata de una materia que ha sido abordada por la Corte Constitucional de Colombia, y cuyo entendimiento del concepto de "afectación" comparto. De este modo, se producen estas afectaciones que activan el derecho a la consulta cuando:

(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido [Corte Constitucional de Colombia SU 123/18].

1. En todo caso, el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, se ha pronunciado en relación con el contenido y alcances de este derecho constitucional. Sobre ello, se ha señalado que, como ocurre en el caso de cualquier libertad fundamental, este ostenta un ámbito protegido. En efecto, es posible sostener que la consulta previa supone, como mínimo, lo siguiente: (a) se reconozca el derecho colectivo de los pueblos indígenas a ser consultados ante medidas que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; (b) se garantice el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta [STC 00025-2009-PI, fundamento 21].
2. No sorprende, por ello, que el derecho a la consulta previa, libre e informada se caracterice por encontrarse inexorablemente vinculado con el ejercicio de otras libertades que se encuentran reconocidas en nuestra Constitución. No se trata, por ello, de una suerte de "derecho nuevo", del cual se desprendan obligaciones inéditas para el Estado peruano. En efecto, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, "el derecho a la consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan" [STC 06316-2008-PA, fundamento 18].

3. En ese sentido, la consulta previa se encuentra íntimamente vinculado con el ejercicio de otros derechos constitucionales. hecho, el Tribunal ha señalado que la consulta previa permite concretar el derecho a la participación, reconocido en el artículo el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343-2007PA/TC], ya que permite que las opiniones de los integrantes de las comunidades puedan reflejarse en las decisiones que se adopten respecto de ellos y los territorios en los que habitan. Es importante precisar, a los efectos del presente caso. que no solo deben ser sometidas a su consulta las medidas dirigidas especialmente a los pueblos indígenas, como puede ocurrir, por ejemplo. con la adopción de alguna política de salud en relación con los integrantes de una comunidad, la adopción de una ley que articule las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la comunal, o, en general, sobre asuntos que de forma concreta les conciernen a ellas.
4. En efecto. estimo que también deben ser sometidas a una consulta previa, libre e informada todas aquellas medidas que, si bien pueden tener la apariencia de ser de carácter general -y ello en la medida cn que son aplicables a todas las personas en un ámbito territorial específico-, puedan tener un considerable impacto en el ejercicio de sus derechos. La tendencia que existe en relación con este punto es que, en principio. las medidas legislativas generales que impactan por igual a toda la ciudadanía no deberían ser sometidas a consulta previa, salvo que se trate de disposiciones que terminen por afectar los derechos que se derivan del Convenio 169 de la Organización Internacional del 'Trabajo. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que

Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general. que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están *prima facies* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 175/2009] .

1. Estas previsiones expresas no solo deben ser entendidas como aspectos que están contenidos en el Convenio, sino que también alude a aquellas medidas que pueden afectar los derechos que titularizan las comunidades en virtud del referido instrumento internacional. Al respecto, la Corte Interamericana ha hecho recordar que

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la

migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia [Corte IDH. Caso Saramaka vs. Suramaka. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 135].

1. Es por ello que, aunque en principio se trata de una medida de alcance general, su particular y notorio impacto en los derechos de las comunidades debía generar que los decretos de urgencia impugnados sean sometidos a consulta. La Comisión Interamericana también ha hecho recordar que "[l]a adopción en el derecho doméstico de las medidas legislativas, administrativas u otras que sean necesarias para delimitar, demarcar y titular o de otra forma aclarar y proteger el territorio en el que el pueblo indígena tiene un derecho de propiedad comunal, también debe ser realizada mediante consultas plenamente informadas, de conformidad con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra y sin perjuicio para otras comunidades" [CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Informe de 30 de diciembre de 2009, párr. 280].
2. De este modo, no reconocer este escenario en el que se debe activar el deber de realizar la consulta puede suponer que el Estado se cobije en la supuesta adopción de medidas de carácter general para que, de forma velada, se habiliten conductas que puedan suponer el desconocimiento de los derechos de las comunidades. Sobre esto, es importante recordar que precisamente uno de los factores de discriminación a los que históricamente se han visto expuestos los integrantes de las comunidades es el hecho que sus opiniones no sean tomadas en cuenta en la adopción de medidas que les afectan. Este aspecto será desarrollado con posterioridad en este voto.

III. La aplicabilidad de los estándares del Convenio a comunidades campesinas

1. En este caso, advierto del escrito de demanda que, de forma particular, se hace referencia a la presencia de comunidades campesinas en las zonas en las que se pretende implementar el Corredor Vial Apurímac-Cusco. Se señala que los decretos de urgencia cuestionados afectan "a las comunidades campesinas de Apurímac y Cusco, y por ello debió efectuarse un procedimiento de consulta". En ese sentido, han señalado que estas regulaciones violan derechos de pueblos indígenas y comunidades campesinas a ser consultados. Es por ello que resulta indispensable examinar en Clúe medida estos derechos también pueden ser extendidos a favor de las comunidades campesinas.
2. Ciertamente, en este voto line he referido, especialmente, al caso de los pueblos indígenas, y cómo es que ellos titularizan el derecho a la consulta previa, libre e informada. En efecto, en el caso particular de las comunidades indígenas, no existe

duda que el principal factor que debe tomarse en cuenta para su reconocimiento es el de la autoidentificación, esto es, que el propio colectivo se reconozca como perteneciente a una comunidad indígena, hecho que precisamente permite resaltar su autonomía. Sin embargo, sería una quimera pensar en la posibilidad que este solo criterio baste para el reconocimiento de un pueblo como indígena. hecho, otros elementos que pueden tomarse en cuenta son, entre otros, la existencia de un lenguaje, organización política, y creencias religiosas propias y que los permiten diferenciar de otros colectivos: el tiempo de permanencia en un territorio específico, y una experiencia de marginalización y subyugación [Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.II., Doc.56/09, documento de 30 de diciembre de 2009, párrafo 30].

21 . Lo que en este caso debe precisarse es si las comunidades campesinas también son titulares de los derechos y beneficios del Convenio 169, esto es, si es que cumplen con los requisitos que ahí se contienen a fin de poder ser consultadas sobre las medidas que les afecten directamente. Para ello, se requiere en primer lugar delimitar qué es lo que debemos entender por "comunidades campesinas" para, seguidamente, determinar si es que deben o no ser tuteladas por el referido instrumento internacional. Al respecto, la Ley 24656, General de Comunidades Campesinas, dispone en su artículo 2 que

[l]as 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.

1. Si bien la ley aporta una definición relevante de las comunidades campesinas. en el sentido que precisa que se trata de un grupo de familias ligadas por vínculos ancestrales o sociales, de ella no se deduce que, en todos los casos, las comunidades campesinas deban ser tratadas con los mismos beneficios y derechos que dispensa el Convenio 169 de la OIT, los cuales estarían solo reservados, de una interpretación literal de las disposiciones pertinentes, para las comunidades indígenas y tribales.
2. Sin embargo, considero que ello no es así. La protección que dispensa el convenio no puede fundamentarse en la lectura simple de las disposiciones legales y convencionales, sino que debe adecuarse a la realidad situacional e histórica de la comunidad involucrada. De ahí que sea un hecho que, en múltiples casos, las comunidades campesinas ostenten características y rasgos similares a las de los

pueblos indígenas o tribales, lo que genera que, en dichas situaciones, también deban ser beneficiados de las cláusulas reconocidas en el Convenio 169 de la OIT. Este criterio también ha sido compartido, por cierto, por la Comisión de Expertos de la OIT, la cual ha precisado que

el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo I, párrafo I, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio [por lo que] insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo I del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular" [Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo en aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR). Observación individual dirigida al Perú, documento de febrero de 2009].

1. En consecuencia, el derecho a la consulta previa, libre e informada, es un derecho que gozan las comunidades campesinas en tanto cumplan con los requisitos que establece el artículo I, párrafo I, a) o b) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que, independientemente de su denominación, deben verse beneficiadas por ella. En lo que respecta a la entidad ahora recurrente, noto que, de conformidad con la Resolución Directoral NO 189-90-AG-UAD-XI-C, los miembros de la Comunidad "[s]on campesinos del lugar y que vienen trabajando las tierras de la comunidad desde sus ancestros en donde tienen sus viviendas y viene explotando las tierras comunales [...]".
2. Esto no solo ameritaba, como indiqué en la parte inicial de mi voto, que se adopten medidas reforzadas para evitar cualquier daño o perjuicio en relación con la Comunidad, sino que también supone que existe el deber de aplicar los estándares de este derecho para el presente caso.

IV. La obligación de someter a consulta y de obtener el consentimiento de las comunidades medidas como las adoptadas en el presente caso

1. He precisado las razones por las que los estándares relativos al derecho a la consulta previa, libre e informada serían aplicables a favor de las comunidades campesinas. En este apartado me referiré a que este acto no solo debe ser una simple formalidad, en la que, una vez agotados los trámites pertinentes, se pueda ignorar la voluntad de las comunidades. Es también preciso que se obtenga su consentimiento. Esto me permitirá reforzar la argumentación en relación con el hecho de que la adopción de una normativa direccionada a implementar el Corredor Vial Apurímac-Cusco debía ser sometida a consideración de las comunidades afectadas.

2. Sobre esto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a propiedad es un derecho real por excelencia, ya que se caracteriza por establecer una relación directa entre el titular y el bien, y esto faculta a que el primero ejerza sus atributos sin la intervención de ningún tercero. La propiedad, así entendida, ostenta un carácter erga omnes, por lo goza que de la cualidad de la oponibilidad. Sin embargo, también se ha destacado que esta concepción civilista de la propiedad debe ser reconfigurada cuando se analizan casos relativos a pueblos originarios, ya que estos se caracterizan por mantener un vínculo espiritual importante con sus territorios [cfr. STC 01 126-201 1-HC, fundamento 21]. Esto también, por las razones expuestas en este voto, debe ser extendido al caso de las comunidades campesinas.
3. Un adecuado goce y ejercicio del derecho a la propiedad de las comunidades requiere que se efectúe una adecuada delimitación y demarcación de sus territorios. Sobre ello, es natural que, al tratarse de vínculos que se remontan, en algunos casos, a épocas incluso anteriores a la colonial, no exista alguna demarcación territorial definitiva. Es importante, por ello, resaltar que la falta de delimitación, demarcación y titulación en favor de las comunidades puede potenciar la expedición de títulos a favor de terceros dentro de sus territorios ancestrales [c/)]. Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N O 309. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 160].
4. La estrecha conexión del derecho a la consulta con otras libertades reconocidas en la Constitución -y que son indispensables para la supervivencia de las comunidades indígenas- genera que su exigibilidad en el ordenamiento peruano no dependa del Convenio 169 de la OIT. Una primera razón que justifica la exigibilidad del derecho a la consulta -y el consecuente deber del Estado de evitar asimetrías en las negociaciones entre las comunidades y las empresas- es la relativa a que los pueblos indígenas, por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, pueden verse expuestos a situaciones en las que los acuerdos contengan cláusulas manifiestamente irrazonables, o que, como ocurre en este caso, no se haya efectuado el procedimiento considerando estándares culturales propios de las comunidades afectadas. Esto suele ocurrir, entre otras razones, por las dificultades en la comprensión respecto de los acuerdos realizados. En esa medida, estimo que el Estado debe asumir un rol de garante para velar porque las condiciones y los términos de las negociaciones contengan ventajas para ambas partes, y no solo para una de ellas.
5. Este especial impacto en los derechos de las comunidades ha generado que existan estándares internacionales es lo que se exija la obtención del consentimiento. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento, lo cual puede ocurrir en el caso de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales [cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares,

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 17].

31 . De similar forma, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada mediante Resolución 61/295 reconoce en su artículo 10 que "[l]os pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso". Evidentemente, de esta disposición también se puede inferir que no están permitidos los traslados de integrantes de comunidades o afectaciones directas en relación con el territorio en el que viven. salvo, claro está, que previamente se haya obtenido el respectivo consentimiento.

1. Por su parte, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas ha señalado que

siempre que los derechos afectados sean esenciales para la supervivencia de los grupos indígenas calilo pueblos distintos y los efectos previstos en el ejercicio de los derechos sean importantes, **será necesario el consentimiento** de los indígenas ante dichos efectos. el cual deberá ir más allá de limitarse a ser un objetivo de las consultas . En general **se entiende que los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos recogidos en las leyes consuetudinarias sobre la tenencia de la tierra son necesarios para su supervivencia**. En consecuencia, cabe suponer que el consentimiento de los indígenas es un requisito para los aspectos de cualquier operación extractiva que tenga lugar dentro de zonas reconocidas oficialmente a los pueblos indígenas o en que estos utilicen la tierra según prácticas consuetudinarias, o que tenga una influencia directa en las zonas de importancia cultural, en particular los lugares sagrados, o en los recursos naturales que son utilizados tradicionalmente por los pueblos indígenas en formas que son importantes para su supervivencia (énfasis agregado) [Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/HRC/21/47, de 6 de julio de 2012, fundamento 65].

1. Advierto que no existe ninguna duda respecto del hecho que el respeto a la propiedad y los territorios de las comunidades resulta indispensable para garantizar su supervivencia, de ahí que se trata de medidas que. con mayor razón aun, requieren el consentimiento por parte de las personas afectadas Esto obedece, como lo he explicado con anterioridad en este voto, por esa especial conexión que existe entre las comunidades y los territorios que ocupan.
2. Ahora bien, incluso en el escenario en que el Estado -como ha ocurrido en este caso- hubiera decidido continuar con la implementación del Corredor Vial Apurímac-Cusco, este se encontraba en el deber de dialogar con las comunidades

para identificar alguna solución por los perjuicios ocasionados en su contra. La referida Declaración de las Naciones Unidas precisa, en el artículo 28, que

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

1. Sin embargo, pese a la conocida existencia de estos estándares internacionales, resulta evidente que el Estado peruano no ha efectuado ninguna medida destinada a obtener el consentimiento de las comunidades afectadas por la implementación del corredor vial. Sobre esto, el Estado podría argumentar dos cosas: i) que no debía realizarse ningún procedimiento de consulta, al ser una medida de alcance general; ii) los decretos impugnados contenían disposiciones que garantizan el derecho a la consulta de las comunidades.
2. En relación con el primer punto, ya he señalado en este voto que las medidas que adopte el Estado y que afecten a las comunidades, deben ser sometidas a la consulta y al consentimiento de las comunidades afectadas y ello independientemente de si las disposiciones normativas tienen un alcance general dentro de un territorio determinado o no. En este caso resulta evidente que la implementación del Corredor Vial Apurímac-Cusco va a generar un severo impacto en los territorios de las comunidades ubicadas en las zonas en las que se pretende realizar el proyecto. Es por esto que, aunque no se trate de una regulación direccionada al caso específico de las comunidades, el impacto que esta normatividad puede tener en los derechos sobre sus territorios ya genera que se active el deber de obtener el consentimiento. Sobre este punto, es importante recordar que la consulta previa también evita la discriminación a la que históricamente se han visto expuestos los integrantes de las comunidades, ya que incentiva para que participen en la discusión de las medidas que los afecten directamente [cfr. STC 01717-2014-PA, fundamento 24]. De esta manera, la realización de la consulta en estos casos no solo tiene por finalidad proteger sus derechos fundamentales, sino también que ellas se sientan involucradas y que puedan participar en el diseño de medidas estatales, lo cual es un factor importante para comprender su cosmovisión del mundo.
3. Por otro lado, y este es el argumento central de la ponencia, se podría señalar que los decretos de urgencia impugnados ya contienen disposiciones relativas a

proteger los derechos de las comunidades. En ese sentido, la ponencia suscrita por la mayoría de mis colegas señala que

4. Este Tribunal advierte que la norma bajo cuestionamiento puede ser interpretada en el sentido que los alcances de su articulado excluyen a la propiedad territorial de los pueblos indígenas, y de esta manera deben ser comprendidos o interpretados el DU 026-2019 y su modificatoria. Solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre la propiedad de los pueblos indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta previa.
5. Esta interpretación es compatible, además, con lo establecido de manera general en la Cuarta Disposición Complementaria Final del DU 026-2019, que establece,

En la implementación de las disposiciones contenidas en el presente Decreto de Urgencia, las entidades competentes garantizan los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, conforme a la normativa vigente en la materia.

referida

1. **referida** De otro lado, y en vista de lo considerado hasta ahora, la pretensión a la supuesta omisión del consentimiento de los pueblos indígenas debe ser desestimada, dado que el sentido interpretativo del DU 026-2019 y su modificatoria, no incluye a los pueblos indígenas.
2. De este Inodo, para la mayoría de mis colegas la Cuarta Disposición Complementaria Final del DU 026-2019 salva la constitucionalidad de los decretos de urgencia impugnados. Estos decretos, como se puede advertir, han sido impulsados por el Poder Ejecutivo y, pese al notorio impacto que tienen en relación con el derecho a la propiedad y la identidad cultural de las comunidades potencialmente afectadas, no han contado con algún mecanismo de consulta. Contrariamente a lo señalado en la ponencia, la Cuarta Disposición Complementaria Final, que señala que "[e]n la implementación de las disposiciones contenidas en el presente Decreto de Urgencia, las entidades competentes garantizan los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, conforme a la normativa vigente en la materia". termina por demostrar que los parámetros fijados en los decretos de urgencia también pueden ser aplicables en el caso de comunidades campesinas o pueblos indígenas.
3. En todo caso, la inconstitucionalidad de esta regulación también se advierte en su escasa precisión y la ambigüedad respecto de cómo se podrían abordar los casos de los pueblos indígenas. Más allá de la genérica referencia a la Cuarta Disposición Complementaria y Final, no se menciona algún procedimiento específico que se empleará en esta clase de casos, o qué mecanismos de reparación pueden ser implementados considerando la especial situación en la que se encuentran las

personas que pertenecen a comunidades campesinas. Esta indeterminación también genera que se ocasione un elevado nivel de peligro respecto de sus derechos, ya que supone una carta libre para que las autoridades estatales puedan adoptar cualquier clase de medidas sin que existan procedimientos que fiscalicen que las autoridades públicas no están vulnerando sus derechos.

4. Finalmente, en relación con este punto, deseo manifestar que no comparto el desarrollo que hace la ponencia sobre la forma de la realización de las consultas. En ella se da a entender que el Estado no está obligado a tomar en consideración los puntos de vista de las comunidades. Yo considero que, como he expuesto en este voto, esta clase de consultas deben estar direccionadas a obtener el consentimiento, y más aun cuando se trata de medidas que afectan la propiedad y el territorio de las comunidades.

V. La necesidad que la consulta sea realizada a través de procedimientos culturalmente apropiados para el caso de las comunidades

1. En la parte final de este voto deseo enfatizar que las medidas generales adoptadas por el Estado no han respetado los estándares culturales propios de las comunidades.
2. En el escrito de demanda, la parte actora ha señalado que el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 establece un procedimiento que no asegura una efectiva protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Ha referido que la publicación de un aviso endiarios en español y de circulación solo en zonas urbanas, desconoce que las comunidades campesinas son quechua hablantes y viven en zonas rurales donde no llegan los diarios. Por ello, alega que se trate de un procedimiento profundamente discriminatorio por no ser adecuado culturalmente, pues no garantiza que los pueblos tomen conocimiento de esta norma y puedan defender su propiedad.
3. De similar forma, ha indicado que el plazo de 10 días establecido en el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 para que las comunidades campesinas acrediten su propiedad es arbitrario. Refiere que ello desconoce la realidad del campo y la forma como funcionan las comunidades campesinas, y no toma en cuenta que estos pueblos se encuentran lejos de las zonas urbanas. Así, para el demandante, las pruebas para acreditar la propiedad no se pueden obtener en 10 días. Refiere que por lo general esto se acredita a través de complejos peritajes antropológicos, en los que se demuestre que un pueblo indígena ha ocupado un territorio, y luego de un serio trabajo de campo, por lo que 10 días de plazo resulta arbitrario.
4. También expone que el plazo de 20 días para desocupar la posesión establecida en el artículo 6 del Decreto de Urgencia 026-2019 es abusivo, ya que desconoce absolutamente la protección reforzada que el ordenamiento constitucional. Además, el monto máximo establecido en el artículo 6.2 del Decreto de Urgencia 026-2019 como compensación por el territorio desconoce el valor del territorio para los pueblos indígenas. Enfatiza que, las normas cuestionadas, al disponer de los territorios de las comunidades campesinas y pueblos indígenas, viola su

derecho a la identidad cultural. pues desconoce la estrecha y singular relación que estos tienen con la tierra. y las formas propias de su organización.

5. Sobre estos cuestionamientos, la ponencia esencialmente señala que no existe alguna vulneración de los derechos de las comunidades debido a que la Cuarta Disposición Complementaria Final del DU 026-2019 ya expresa la voluntad del Estado de tutelar los derechos de las comunidades que puedan verse potencialmente afectadas por la implementación del Corredor Apurímac-Cusco. Ahora bien, ya he advertido en este voto que el proceder de las autoridades públicas ha vulnerado el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades involucradas en este caso. Sin embargo, y sin perjuicio de ello, estimo que la implementación de medidas que pueda afectarles potencialmente también debe ser realizada a través de un sistema de acomodamientos o ajustes que tengan en cuenta sus prácticas y tradiciones culturales. Al respecto, el artículo 16 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los

Pueblos Indígenas, aprobada mediante Resolución 61/295, establece que

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

1. De esta Declaración es posible advertir que los canales de comunicación que los Estados promuevan deben tener en consideración la diversidad cultural, y un asunto que, sin lugar a dudas, no puede ser ignorado es el aspecto del idioma. El Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de referirse a su uso en los siguientes términos:

•

•

2. Los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado son abordados por la Constitución, cuando menos, desde una doble perspectiva. De un lado, se encuentra el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente, sea a través de un intérprete proporcionado por el propio Estado. Este derecho deriva del artículo 2, inciso 19, de la Constitución, en cuanto dispone que toda persona de nacionalidad peruana "tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete"
3. De otro lado, la virtualidad máxima de la dimensión colectiva del derecho al uso de la propia lengua originaria, se alcanza cuando ella es predominante en una

determinada zona geográfica del país (entendiéndose zona de predominio el distrito, como unidad mínima, la provincia o la región, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la ley de lenguas), pues en ese caso, dicha lengua, además del castellano, debe ser oficial en la referida zona. Ello se encuentra reconocido en el artículo 48 de la Constitución.

10. En consecuencia, no solo resulta que cada persona tiene derecho a comunicarse en su propia lengua ante la autoridad, sino que si dicha lengua es predominante en una zona (una jurisdicción municipal provincial, por ejemplo), el Estado tiene la obligación de institucionalizar el uso de ese idioma en dicha zona, con los mismos alcances con los que ha institucionalizado el uso del idioma castellano [00889-2017-PA, fundamentos 8, 9 y 10].

1. Al criterio desarrollado por el Tribunal en aquella oportunidad podríamos agregarle que, cuando se trate de medidas que, aunque en apariencia tienen un alcance general, también resulta imperativo efectuar ajustes idiomáticos cuando la política a implementar genere un importante impacto en los derechos de las comunidades.
2. Esta noción de ajustes ha sido, por lo general, asociada con el término de "ajustes razonables", el cual suele ser empleado para el caso de las personas con discapacidad. Sin embargo, debe destacarse que su uso no se refirió a este colectivo en particular. En efecto, esta noción proviene, en esencia, de la idea de *reasonable accommodations*, que es propia del derecho estadounidense y que se aplicó, en sus inicios, para los casos en los que el trabajador argumentara que, por sus creencias religiosas, debía desempeñarse en un modo diferenciado en la empresa. Por ello, su origen legal se dará, propiamente, con la Equal Employment Opportunity Act de 1972, en el ámbito de las relaciones laborales, y con especial énfasis en la cuestión religiosa. Será recién con la aprobación de la Americans with Disabilities Act de 1990 en que la noción es trasladada a otros contextos normativos [De Asís, Rafael (2013). Sobre discapacidad y derechos. Madrid: Dykinson, pág. 79.].
3. Por lo general, estos ajustes han sido concebidos como modificaciones o adaptaciones que son adecuadas y necesarias para garantizar que una persona ejerza, en igualdad de condiciones, sus derechos. Además, no debería generar su adopción una carga desproporcionada o indebida para la persona o autoridad responsable de ejecutarla. Por ello es que bien puede señalarse que esta obligación de diseñar o establecer ajustes razonables puede ser extendido al caso de las comunidades campesinas y los pueblos indígenas, y ello con la finalidad de garantizar que, aunque los Estados puedan ciertamente establecer políticas de alcance general, resulta indispensable que efectúen todos los acomodamientos que sean necesarios para garantizar que los estándares culturales de las comunidades no sean ignorados. Esto, además de suponer un notorio

reconocimiento de su identidad cultural, también evita que se materialicen vulneraciones a sus derechos por el desconocimiento de las prácticas o procedimientos que puedan adoptar las autoridades estatales.

4. En este caso, advierto las siguientes vulneraciones: i) el Poder Ejecutivo tuvo, en todo momento, la oportunidad de consultar las medidas a implementar a las comunidades; ii) los procedimientos adoptados en los decretos de urgencia no respetaron usos idiomáticos de las comunidades afectadas y, iii) los procedimientos adoptados en los decretos de urgencia no tomaron en cuenta la especial titularidad de los territorios por parte de las comunidades.
5. En relación con el primer punto, deseo resaltar que, en todo momento, el Poder Ejecutivo ha tenido la oportunidad de efectuar las comunicaciones y coordinaciones pertinentes con los integrantes de las comunidades que puedan resultar afectadas por los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019, y ello en la medida en que ha sido el órgano encargado de impulsar la creación de este corredor vial. Sin embargo, pese a que, en esa condición bien podía efectuar las gestiones pertinentes a través del Ministerio de Cultura, simplemente decidió iniciar, sin ningún trámite previo con las comunidades, los procedimientos para el otorgamiento de las compensaciones. En anteriores oportunidades he destacado que resulta constitucionalmente viable que, en contextos de interregno parlamentario -como ocurrió en este caso, ya que los decretos fueron expedidos en el periodo en que el Congreso de la República estaba disuelto- el Poder Ejecutivo pueda expedir decretos de urgencia sobre materias ajenas a las económicas o financieras. Esto obedecía a que, durante ese margen de tiempo, es indispensable que se adopten disposiciones normativas para asuntos que así lo requieran, y también al hecho que los mismos pueden ser fiscalizados por el siguiente Pleno del Congreso.
6. Ahora bien, independientemente de este hecho, resulta evidente que cuando se trata de medidas que puedan tener un especial impacto en derechos de las comunidades, las propuestas o políticas que desee emprender el Poder Ejecutivo deben encontrarse prolijamente sustentadas. Sin embargo, advierto que, en la implementación del Corredor Vial Apurímac-Cusco, no se ha realizado un solo intento de examinar qué piensan las autoridades de las comunidades afectadas en relación con el diseño de esta propuesta, y esto ha obedecido a que no se han efectuado mecanismos de consulta previa, libre e informada. Esto es aun más notorio si se considera que los órganos que debían emprender la consulta y supervisar su desarrollo pertenecen al propio Poder Ejecutivo. En efecto, entidades como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el propio Ministerio de Cultura estaban en la posibilidad de establecer políticas de coordinación que tuvieran en consideración el especial impacto que el corredor vial podía tener en el estilo de vida de las comunidades. Pese a todo ello, no se adoptó ninguna providencia sobre este punto.
7. Por otro lado, también considero que los procedimientos adoptados en los decretos de urgencia no respetaron usos idiomáticos de las comunidades afectadas. En efecto, el procedimiento previsto en los decretos de urgencia para la

"compensación" por la adquisición de territorios para construir el Corredor Vial Apurímac-Cusco no asegura una efectiva protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, y esto obedece a que la publicación de un aviso endiarios en castellano, en zonas urbanas, desconoce que las comunidades campesinas son quechua hablantes y viven en zonas rurales donde no llegan los diarios. El deber de realizar la consulta no se agota con la simple convocatoria o incluso con la realización de la misma, ya que, si se pretende que esta sea válida, resulta indispensable que la misma se efectúe mediante mecanismos y procedimientos que puedan ser cabalmente entendidos por parte de las comunidades afectadas.

•

8. Finalmente, estimo que los procedimientos adoptados en los decretos de urgencia no tomaron en cuenta la especial titularidad de los territorios por parte de las comunidades. Así, el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 dispone que para que las comunidades campesinas acrediten su propiedad cuentan con un plazo de 10 días, lo cual resulta notoriamente insuficiente para el caso de comunidades que, por lo general, tienen notorios problemas para acreditar la titularidad de sus propiedades, y ello por la conocida inacción estatal. Es pertinente recordar, como lo ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que "[n]o debe aspirarse a generar procesos estandarizados, ya sea basados en medidas legislativas o no, porque pueden tender a uniformizar a todos los pueblos sobre un patrón. Se trata, en cambio, de un diálogo intercultural constante entre los sistemas normativos y de derecho indígena y tribal, el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos" [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. Informe de 28 de diciembre de 2021, párr. 180].
9. En este caso, la adopción de un procedimiento uniforme para la realización de los pagos por concepto de compensación no solo supuso la existencia de "discriminación por indiferencia", sino que, además, puede generar irremediables perjuicios a las comunidades. La vulneración del principio de igualdad no solo se presenta cuando se trata de forma distinta a dos personas que se encuentran en una situación similar, sino también cuando se trata de la misma forma a dos personas que se encontraban en situaciones diferentes. El Estado tenía el deber de identificar los patrones culturales y las prácticas de las comunidades y promover, así, un diálogo que permita la adopción de una decisión de carácter consensuado. Al no hacerlo, las autoridades han vulnerado el derecho a la consulta previa, libre e informada y de conformidad con las prácticas culturales de las unidades afectadas.

VI. Consecuencias de la posición asumida en este voto

Por todas las consideraciones expuestas, emito mi voto en los siguientes términos:

1. DECLARAR **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico.

2. EXHORTAR a la expedición de una nueva normatividad dirigida a la implementación de un proyecto similar, el que deberá realizarse en estricta coordinación con las Comunidades que pudieran ser potencialmente afectadas, y tomando en consideración sus prácticas y tradiciones culturales.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y comunidades campesinas como derecho fundamental

I . Como bien se sabe, el denominado Congreso Constituyente Democrático, mediante Resolución Legislativa 26253, aprobó el Convenio 169, siendo ratificado el 17 de enero de 1994 por el Gobierno peruano. y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Entró en vigor 12 meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. esto es, desde el 02 de febrero de 1995, de acuerdo al artículo 38.3 del mismo Convenio.

1. El rango constitucional de los tratados suscritos por el Perú y, en particular, del Convenio 169 de la OIT, no es algo nuevo en nuestro sistema jurídico. Ya en la sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-AA/TC (Caso Cordillera Escalera), publicada el 20 de febrero de 2009. este Tribunal Constitucional destacó que:

"nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades" (STC NO 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además. ostentan rango constitucional" (STC NO 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera que habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N°26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional. tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las "entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar - normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes".

1. Por tanto, dicho Convenio, que ostenta rango constitucional (fundamento 33 de la sentencia 0025-2005-PI/TC, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, como cualquier otra norma, debe ser acatado (f. j. 31 de la sentencia 03343-2007-PA/TC). Es más, con ello, se revocó el criterio anterior que negaba la vigencia del Convenio en el ordenamiento jurídico nacional (STC 0033-2005-PI/TC Caso *Provincia Lauricocha*, publicada el 19 de setiembre de 2006 y su aclaración, publicada el 14 de marzo de 2007).

4. Así también, en la Sentencia recaída en el Expediente 00025-2009-PI/T'C se ha resaltado el valor constitucional de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT y su relación con otros derechos constitucionales:

20. En diversas oportunidades, este Tribunal ha hecho referencia al valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2. 17 de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC].

1. En la misma línea, este Tribunal ha delimitado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta en la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC:

X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta 37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta: y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta. 38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que, si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado. (...)"

1. Mientras que en la sentencia 00005-2012-PI/TC, este Tribunal estableció que el único sujeto pasivo u obligado con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa es el Estado, quien no sólo tiene el deber de garantizar - promoviendo la organización y procedimientos adecuados- sino también el deber de respetarlo, es decir, de llevarlo adelante cada vez que se prevea la aprobación de "medidas legislativas o administrativas" que puedan amenazar o violar directamente los derechos colectivos, su existencia física,

identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas u originarios.

2. Ahora bien, como se reseñó, es abundante la referencia jurisprudencial al derecho a la consulta. Esto es así porque el Tribunal Constitucional entiende la importancia de este derecho fundamental en un país en el que conviven muchos pueblos y culturas. como es el Perú.
3. En este sentido, y a fin de afianzar las relaciones en nuestro país se ha entendido que el derecho a la consulta configura también un dialogo intercultural (Sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC f. j. 17). Este dialogo se debe activar cada vez que una medida administrativa o inclusive legislativa, es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Se estableció también que, si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio la consulta debe ser llevada a cabo "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta.
4. Ahora bien, es cierto que el derecho de consulta es obligatorio y sus resultados son vinculantes y si los pueblos indígenas no dan su consentimiento a la medida, ello no implica que dicha medida no pueda ser llevado a cabo. El Estado tendrá en todo caso que acreditar que hizo todo lo posible para poder acomodar las preocupaciones y sugerencias de los pueblos indígenas sobre la medida consultada. Ello en virtud del principio de la buena fe que rige el proceso de consulta. Esta es la regla general, lo que no implica que en algunos casos sí se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para poder implementar tal medida. Por ejemplo, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta (Decreto Supremo 001-20210-MC) establece que no "se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígena, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas [...]."

•

•10. Así, existe, en general, una tendencia jurisprudencial y sostenida en el tiempo. de parte de este Tribunal en considerar que el Convenio 169 de la OIT no solo forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino que tiene rango constitucional y como tal, la consulta previa se erige como un derecho fundamental, con lo cual, es plenamente exigible en su protección y ejercicio efectivo, de ahí que no es posible señalar tal y como se ha pretendido hacer que el "derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita" o "que el derecho a la consulta previa que emana del Convenio 169, no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional"

11 . Así, resulta evidente que dicho criterio jurídico no se encuentra conforme con la jurisprudencia antes referida ni con los pronunciamientos de la Corte Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas. generándose de este modo una grave regresión de la construcción jurídica aceptada y reconocida en nuestro país.

12. Es más, la Comisión Americana de Derechos Humanos ya ha expresado su

preocupación por la sentenciadel Tribunal recaída en el Expediente 0366-2019-PA/TC al haberse declarado que la consulta previa no es un derecho fundamental. Dicho órgano supranacional ha sostenido que aquella decisión no consideró que la Constitución Política del Estado dispone que los tratados ratificados por el Estado peruano forman parte del derecho nacional, así como, la obligación del Estado de Perú de cumplir las obligaciones internacionales contraídas voluntariamente,, que las y los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia a nivel interno y en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana de derechos humanos y a instado a este Tribunal a adoptar las medidas necesarias para asegurar que sus disposiciones sean compatibles con las obligaciones internacionales a las que el Estado de Perú se ha obligado internacionalmente, como aquellas que se encuentran desarrolladas en el Informe sobre Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales (comunicado de prensa del 6 de abril de 2022).

1. En la misma línea de seguimiento, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (fundamento 134).

1. Así. cuando se esté frente a un plan de desarrollo o una inversión dentro de un territorio indígena que pueda tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de sus miembros, además de la consulta se requiere obtener también el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígenas. Es cierto que. tal y como se expone en la ponencia, la Corte Interamericana no estableció un contenido de qué implicaba el término "impacto profundo"; no obstante, este hecho no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso a caso.
2. En consecuencia. la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas con el objetivo de alcanzar el consentimiento. aunque no se requerirá contar con el consentimiento del pueblo indígena para proseguir con la medida. Ello también

resulta aplicable a las medidas legislativas en su concepción amplia (medidas normativas en general) y siempre que se afecte a dichos pueblos y comunidades.

II. UNA NECESARIA PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA ATENCIÓN DE PROYECTOS PARA EL DESARROLLO DEL ESTADO

1. En la misma línea de lo antes expuesto, este Tribunal Constitucional no solo reconoció la existencia de un derecho a la consulta previa en la STC 0024-2009-AU TC y se pronunció sobre ello (STC 1717-2014-PC/TC, entre otros), sino además, la situación previa a dichos pronunciamientos recaía en situaciones en las que se había puesto en evidencia los conflictos surgidos entre los proyectos o megaproyectos de inversión en minería, hidrocarburos, etc. por un lado, y de otro, el derecho a la identidad cultural, la posesión ancestral y la consulta previa de los pueblos indígenas y comunidades en nuestro país.
2. Así también, ya en anteriores oportunidades me he referido al rol de los jueces y juezas constitucionales como agentes de integración social, en tanto y en cuanto cumplen un papel de promotores de la cohesión social, la inclusión social, la reconciliación social o la prevención social. También he hecho mención a la "función moderadora" de los Tribunales Constitucionales, constatando que cumplen una función de mediación, buscando evitar la generación de conflictos y promoviendo consensos sobre cuestiones de relevancia constitucional. En ese mismo tenor, se verifica que las cortes constitucionales coadyuvan a la pacificación de las relaciones sociales, propiciando la ausencia de nuevos conflictos o promoviendo la solución rápida y eficaz de los ya existentes.
3. Es importante entonces que la judicatura constitucional se avoque cabalmente a la resolución de este tipo de controversias. Aquello no solamente se encuentra encaminado a brindar una respuesta oportuna y adecuada para quienes alegan que sus derechos han sido vulnerados (lo cual de suyo tiene innegable relevancia), sino que ayudaría inclusive a moderar o pacificar los conflictos, a aliviar el daño a la zozobra en la que viven muchas comunidades, y a eliminar la incertidumbre respecto a grandes y seguramente productivos proyectos de inversión, aplicable también a proyectos de desarrollo del Estado.
4. Señalado esto, debe también tenerse en cuenta que nuestra Constitución, así como la demás normativa del ordenamiento jurídico peruano, hoy se encuentran 'convencionalizadas', lo cual implica que esta normativa debe ser leída, comprendida y aplicada conforme a lo previsto en los tratados sobre Derechos Humanos, apostándose por la configuración de un Derecho común, inspirado en lo señalado por los tratados vigentes, su jurisprudencia vinculante y aquellas pautas que ya se nos imponen como normas de *ius cogens*.

5. En ese marco aparece el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada como un mecanismo mediante el cual se puede evitar la conflictividad social; lograr que una población conozca o acepte libremente los efectos de un proyecto sobre la base de los acuerdos arribados; y distribuir los beneficios de los proyectos. Es por ello que en los casos donde se alega la inexistencia de una consulta previa se plantean muchas importantes cuestiones. las cuales deberán ser absueltas en su momento.

21 . Y es que. de una parte, la consulta previa parece ser un requisito de validez sine qua non, constitutivo de la viabilidad y conformidad constitucional de los proyectos que impactan en las comunidades. Asimismo, debe constatarse que en muchos casos declarar la nulidad de un proyecto o cesar un proyecto que recae en el desarrollo local podría traer consecuencias nefastas que se suman a las que eventualmente ya podrían existir.

1. En este escenario. conviene tomar en cuenta ciertas variables. como la del posible impacto o que acarrearía la decisión del Tribunal si se cierra o revierte un proyecto, o la del deber especial de reparar y o superar los daños que se hubieran generado en la comunidad o comunidades involucradas.
2. Con respecto a lo primero, y tal como lo he venido aduciendo en mis votos en casos anteriores a este, respecto de los efectos de cesar proyectos, considero que pueden tomarse en cuenta, a modo de propuesta inicial, cuatro dimensiones: la dimensión económica (vinculada a la rentabilidad económica del proyecto para el país y a la posible redistribución de los beneficios): la dimensión estratégica (referida a la utilidad de los recursos a partir de una mirada estratégica de la supervivencia o el desarrollo del país, recursos hídricos, recursos energéticos, biodiversidad, etcétera): la dimensión política prospectiva (que implica tomar en cuenta los planes oficiales que encaminan el futuro del país), y la dimensión legal (la cual alude a tomar en cuenta los efectos jurídicos y las cargas generadas con la posibilidad de cerrar o revertir proyectos).
3. Ahora bien, y por el lado de las comunidades y pueblos indígenas, tal vez son más evidentes estas dos dimensiones: la dimensión cultural-espiritual (que alude a los daños que puede generar en la idiosincrasia, forma de vida. cultura. etcétera. de las comunidades) y la dimensión del daño directo (referido al impacto en la vida, salud, alimentación, etcétera, para quienes viven en las comunidades).
4. Por ende. y teniendo en cuenta estos posibles efectos, considero que se debe resolver con responsabilidad, en el marco de funciones básicas como la función moderadora y pacificadora, tomando para ello en serio las consecuencias o los efectos de su decisión.
5. Finalmente, y en relación de lo que pueda entenderse por afectación "directa" establecida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en anteriores ocasiones el Tribunal Constitucional ha precisado que el artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa hace referencia a que la consulta se hará ante vulneraciones o amenazas de vulneración directas a sus derechos colectivos. Como ha advertido

este Tribunal, esta referencia a las medidas susceptibles de afectarles directamente" deben ser entendidas como "cambios relevantes y directos en la situación jurídica de los pueblos indígenas" (Sentencia 0022-2009-PI/TC, fundamento 19). Se trata, ciertamente, de una perspectiva algo más amplia o genérica de lo que podría ser sometido a consulta.

6. Asimismo, el mismo Tribunal ha precisado que, con respecto a la trascendencia de los cambios, esta debe ser no solo alegada, sino que deber ser "explicada por los pueblos indígenas que la invoquen, porque no siempre será advertida por la cultura mayoritaria" (Sentencia 02196-2014-PA, fundamento 17).
7. Sin embargo, como lo he indicado en otra oportunidad (fundamento de voto de la Sentencia 00012-2020-PI), debe verse en la consulta la consecución de un verdadero *diálogo intercultural*, conforme al cual, "dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto", ello, no solo para "obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados" (Sentencia 00022-2009-PI, f. j . 33).

III.LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE URGENCIA CUESTIONADOS

29. Una vez asumido que el Convenio 169 ostenta rango constitucional por las razones antes expuestas y que el derecho a la consulta es de carácter ius fundamental, corresponde verificar qué es lo que establece la normativa acerca de dicho derecho y en qué condiciones se aplica. Así, el artículo 6, a) del citado convenio establece que, al aplicar sus disposiciones, los gobiernos deberán "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se **prevean medidas legislativas** o administrativas susceptibles de afectarles directamente" (cursivas y negritas agregadas).

30. La Ley de la Consulta Previa, en claro desarrollo de dicho Convenio, establece en su artículo 2 que el derecho a la consulta es: "el derecho de los pueblos Indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos. sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado" (cursivas y negritas agregadas).

31 . Como se aprecia, en ambos casos se hace referencia a una afectación directa. En la Sentencia 0022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional indicó que este tipo de medidas implican que se produzcan "cambios relevantes y directos en la situación jurídica" de los pueblos indígenas (f.j.13). También se ha indicado que la afectación directa implica "una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes (f.j. 55)

1. Ahora bien, los decretos de urgencia impugnados han sido expedidos en clara violación del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades asentadas en las áreas sobre la que se construye y construirá el corredor vial Apurímac-Cusco.
2. La parte demandante ha alegado que al no haberse observado el procedimiento de consulta previa como parte del íter procedimental para emitir una norma jurídica que afectará a las comunidades campesinas. se ha producido una infracción a la Constitución por la forma. Considero que 111ás allá de ello, esto es, más allá de una simple evaluación formal, la exigencia establecida tanto en el Convenio 169 de la OIT y de lo dispuesto en la Ley de Consulta Previa en el sentido de que las medidas legislativas que afectarán directamente los derechos de los pueblos deben ser consultados a éstos, sean evaluados como infracción de la Constitución por el fondo. Ello en la medida en que un aspecto sustancial. al que me he referido de manera reiterada, es que la consulta previa constituye un verdadero derecho fundamental de los pueblos indígenas y comunidades campesinas en nuestro país.
3. Ahora bien, el análisis de la violación al contenido material de la Constitución sobre el derecho a la consulta previa, pasa por si se acredita, como me parece ha ocurrido en el presente caso, por la evaluación de tres situaciones muy concretas: i) la existencia de comunidades asentadas en las áreas de la ruta vial materia de autos, ii) que el proyecto de desarrollo declarado como de interés nacional y el instrumento en el que se plasma: una norma jurídica, directamente a dichas comunidades; y, iii) que no se haya llevado a cabo la consulta a las comunidades asentadas en las áreas pese donde pasará el corredor vial pese a que es una obligación del Estado.
4. En relación a lo primero, conforme se advierte del contenido del Informe 3075-

2019-MTC/08, que señaló en su punto 3.2 que a través del trato directo "únicamente se han liberado 20 km de carretera (Comunidad Campesina Choquecca Antio, Pumamarca y Allahui). Es decir, el Ministerio de Transportes tenía conocimiento de la existencia de comunidades campesinas en el área, una de ellas, con registro oficial en la Base de datos oficial de los Pueblos Indígenas Originarios del Ministerio de Cultura, a través de la Resolución de Reconocimiento 277-76-OAJAF-ORAMS-VII (Comunidad Campesina Pumamarca).

1. Con ello se acredita que indefectiblemente, existen comunidades campesinas asentadas en las áreas del corredor vial al que se alude en los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019.

2. En relación a lo segundo. primero habría que determinar el objeto de los referidos decretos de urgencia y luego en qué medida el contenido de éstos afectará a las comunidades. Ahora bien, frente a normas especiales que tratando de cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 70 de la Constitución para la expropiación de tierras cuales son: atender a razones de seguridad nacional o necesidad pública, constar en una ley y previo pago de la indemnización justipreciada, tratan de darle un mayor dinamismo y agilidad a los trámites que podrían surgir en aplicación de la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles (trato directo y expropiación). Ello en la medida en que el decreto de urgencia y su modificatorio establecen un proyecto y un procedimiento específico para el contexto del Corredor Vial Apurímac-Cusco. Es más, plantean excepciones al régimen general de *la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*, al régimen de la Ley 30225, *Ley del Contrataciones del Estado* (ver artículo 14 del DU 026-2019 y su modificatoria) y a la Ley 30879. Ley de presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019 (art. 16 del DU 026-2019).
3. En la exposición de motivos del Decreto de Urgencia 27-2019 se señala que su contenido se orienta a establecer "medidas para agilizar la adquisición de las áreas necesarias para la ejecución de la infraestructura que permiten el acceso a la población que se encuentra en el ámbito de la obra para la obtención oportuna de los servicios públicos básicos, tales como el de salud. educación y transporte" razón por la cual se establece "el otorgamiento de una compensación económica dirigida a los propietarios. poseedores u ocupantes cuyos inmuebles se encuentren dentro del Derecho de Vía del Corredor Vial Apurímac-Cusco"
4. En el mismo sentido, el artículo 2 del DU 026-2019, modificado por el 027-2019, declaró de "interés nacional la ejecución de la obra de infraestructura denominada "Corredor Vial Apurímac-Cusco". Asimismo, se ha indicado que la norma tiene por objeto:

aprobar medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac - Cusco, a fin de permitir el acceso a los servicios públicos (artículo 1 del DU 026-2019, modificado por el DU 027-2019).

Interferencias

1. **Interferencias** Por ello, se advierte que la normativa, ahora cuestionada, es planteada como un mecanismo que simplifica el procedimiento de adquisición establecido en la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de y Dieta otras Medidas para la Ejecución de Obras de Infraestructura, aprobado por el Decreto Legislativo 1192; no obstante, ni en la exposición de motivos ni en los considerandos de las normas impugnadas se justifica adecuadamente "el interés nacional" señalada ahí, pues solo se limita a hacer referencia a que con ello se hará

posible el acceso de la población que se encuentra en el ámbito de la obra para la obtención oportuna de los servicios públicos básicos, tales como salud, educación y transporte. Situación que no resulta razonable y por tanto, no justificatorio, pues para acceder a dichos servicios sería suficiente y necesario que el Estado diseñe e implemente tales servicios que también en algunos casos, se erigen como derechos sociales (educación y salud por ejemplo) y tenerlos. por tanto, presentes en las áreas que involucran a las comunidades.

- como**
como
2. Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, es conocido por todos y todas que en las áreas en las que se pretende el proyecto de tal envergadura, se encuentra un corredor minero, esto es, existen empresa mineras asentadas en dichas áreas y que requieren de mejores rutas viales para poder extraer los minerales, con lo cual, hubiese sido más claro y verídico que en el sustento de los decretos se haga la referencia a estos hechos y que el objeto principal de tal proyecto sea la necesidad de un corredor vial que logre mejorar el sistema de transporte de minerales en las regiones de Apurímac y Cusco. En tal sentido, en el presente caso, no queda claro si existe una necesidad pública, o solo la necesidad de empresas mineras para sacar sus concentrados mineros. Y que una cosa es la necesidad pública entendida el interés público, no solo del Estado sino de todos los sectores. y otra el interés de una empresa minera.
 3. Ello no significa que deba negarse la posibilidad de que dichas empresas cuenten con un sistema vial que logre superar sus expectativas económicas y por tanto, genere también un mayor desarrollo de las áreas afectadas: no obstante, esta situación debe hacerse ponderando sus intereses frente a los de las comunidades y pueblos en nuestro país.
 4. A ello se debe sumar el hecho también por todos conocidos que las zonas en las que se situaría el corredor vial se encuentran en constante y permanente situación de conflicto social que coincide precisamente con la llegada de empresas mineras que desde hace algunos años se encuentran realizando labores de exploración y explotación de minerales.
 5. Entonces, la determinación del objeto "en atención a la necesidad pública" o de "interés nacional" para justificar una especial atención a los procesos de expropiación de las áreas afectadas, a través de los decretos de urgencia impugnados, no se satisfacen adecuadamente, razón por la cual, dichos decretos no cumplirían con el marco normativo constitucional para llevar adelante procesos expropiatorios, sobre todo, si no se ha considerado los derechos fundamentales de las comunidades asentadas en las áreas en las que se construirá tal corredor vial.
 6. Además, no existe seguridad o certeza alguna de que quienes son poseedores o propietarios de territorios comunales en las áreas afectadas acepten la figura del trato directo. Frente a dicha situación, serán pasibles y sujetos a procesos expropiatorios, los que resultarán en clara violación de los derechos de las comunidades. ya que estos, tienen una distinta cosmovisión acerca del uso de la tierra al que se tiene bajo el pensamiento occidental. En tal sentido, es claro que

los decretos de urgencia cuestionados afectarán los derechos de las comunidades asentadas en las áreas materia de autos.

7. Así, y en relación al tercer punto, no habiéndose acreditado que se haya iniciado consulta alguna a dichas comunidades y en atención a que es evidente que se afectaría las áreas que ocupan dichas comunidades, además de los diversos problemas de contaminación que genera no solo la construcción de un proyecto de tal envergadura, sino y posteriormente a ello, el continuo tránsito de vehículos pesados trasladando minerales hará pues que la contaminación no solo repercute en el medio ambiente. sino además genere contaminación acústica.
8. En mérito a lo expuesto, reitero mi discrepancia con quienes han declarado infundada la demanda en un extremo y han expedido una sentencia interpretativa, la cual en mi opinión es **FUNDADA**.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

.