

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
PLENO JURISDICCIONAL  
00025-2009-PI/TC

**SENTENCIA  
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 17 de marzo de 2011

**PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**  
8099 ciudadanos contra el Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 8099 ciudadanos contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, emitida por el Congreso de la República.

Magistrados firmantes:

**MESÍA RAMÍREZ  
ÁLVAREZ MIRANDA  
BEAUMONT CALLIRGOS  
CALLE HAYEN  
ETO CRUZ  
URVIOLA HANI**

**EXP. N.º 00025-2009-PI/TC**  
**LIMA**  
**GONZALO TUANAMA TUANAMA**  
**Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE**  
**CIUDADANOS**

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 17 días del mes de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y UrviolaHani, pronuncia la siguiente sentencia.

### **ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo TuanamaTuanama y ocho mil noventa y nueve ciudadanos contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, emitida por el Congreso de la República.

### **A) ANTECEDENTES**

#### **1. De los fundamentos de la demanda**

Con fecha 26 de junio de 2009, Gonzalo TuanamaTuanama y 8099 ciudadanos interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. Alega que la norma impugnada fue promulgada sin que se efectuara ninguna consulta a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Señala que la ley no establece mecanismos por los cuales las comunidades nativas y campesinas puedan desarrollarse y mejorar su economía poniendo en grave riesgo su supervivencia.

Por otro lado, impugnan que el sistema de incentivos de licencias de uso de agua para aquellos operadores que generen excedentes en el manejo de los recursos hídricos pone en una situación de desventaja a las comunidades nativas y campesinas, quienes carecen de capacidad para competir con dichas empresas operadoras. Finalmente, consideran que la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, colisiona con el artículo 66 de la Constitución, que establece que las condiciones de la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares debe darse exclusivamente por Ley Orgánica.

#### **2. De los fundamentos de la contestación de la demanda**

Con fecha 16 de octubre de 2009, el Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que ésta se desestime. En esencia, por considerar que de acuerdo con los

artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 OIT, la consulta a los pueblos indígenas sólo se realiza en el supuesto de que se pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Ello no sucede, alega, con la ley cuestionada, cuyo artículo III de su Título Preliminar, reconoce el *Principio de Respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas*, que se concretiza en la regulación de diversos aspectos como los referidos a las “organizaciones de usuarios” (artículos 32 y 118) y a los “derechos de uso de agua” (artículo 44).

Por otro lado, refiere que no existe una violación del derecho a la igualdad, pues la ley impugnada realiza tratos más favorables a las comunidades campesinas y nativas (artículos 64 y 107), al extremo de proponer un supuesto de discriminación positiva (y no negativa, como se cuestiona). Igualmente, sostiene, la Ley cuestionada no tenía que ser consultada a los pueblos indígenas, pues no las comprende exclusivamente entre sus destinatarios, al ser una regulación general del uso, primario y poblacional, de los recursos hídricos. Y, finalmente, que no se violó el artículo 66 de la Constitución, al ser la Ley 29338 una ley especial que regula un recurso natural (agua), dentro del marco establecido por la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

## **FUNDAMENTOS**

### **§1. Petitorio de la demanda**

1. La pretensión que contiene la presente demanda es que se declare inconstitucional la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos [en adelante, la Ley], por considerar que se ha transgredido: (a) el artículo 66 de la Constitución, al no haber sido aprobada como Ley Orgánica; (b) el derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, al haberse aprobado la Ley prescindiéndose de la realización de la consulta; (c) el derecho a la igualdad jurídica, en el sentido de que el sistema de incentivos en las licencias de uso de agua que la Ley contiene realiza un trato discriminatorio hacia los pueblos indígenas.

### **§2. Ley de Recursos Hídricos y Reserva de Ley Orgánica**

#### **a) Alegatos de los demandantes**

2. Aunque en el orden no sea el primer cuestionamiento que se haya formulado a la Ley de Recursos Hídricos, la primera objeción de constitucionalidad contra la Ley tiene que ver con la alegada violación del artículo 66 de la Constitución. Según expresan los demandantes, dicho precepto constitucional:

“señala de manera clara y precisa, que las condiciones de la utilización de los recursos naturales (como los recursos hídricos) y su otorgamiento a particulares, se tienen que dar de manera exclusiva por ley orgánica” [Folios 3 y 9].

No obstante –refieren–, pese a que el agua es un recurso natural y ha sido regulada por la Ley N° 29338, ésta no se ha aprobado siguiéndose el procedimiento especial que el artículo 106 de la Constitución contempla.

#### **b) Alegatos del Congreso de la República**

3. El apoderado del Congreso de la República aduce que, efectivamente, las condiciones de la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares, son aspectos que se encuentran sujetos a reserva de Ley Orgánica. Sin embargo, refiere, dicha reserva fue cubierta con la expedición de la Ley N° 26821, Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, cuyos artículos 19 y 29, además, permiten:

“que `las condiciones de la utilización de los recursos naturales` (como los recursos hídricos), así como `su otorgamiento a particulares` sean aspectos a desarrollarse mediante leyes especiales para cada recurso natural, entre las que se encuentra la Ley de Recursos Hídricos”.

Por ello, considera,

“carece de fundamento lo afirmado por la parte demandante, puesto que la norma objeto de control es una ley especial que regula un recurso natural (agua), dentro del marco establecido por el artículo 66 de la Constitución y la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales”.

#### **c) Consideraciones del Tribunal Constitucional**

El Tribunal considera que el cuestionamiento no tiene fundamento.

4. La reserva de ley orgánica es una especie del instituto de la reserva de ley. Mediante el establecimiento de esta última, la Constitución normalmente impone que la regulación de una determinada materia sea efectuada por una fuente del derecho en particular, excluyendo de ese modo la intervención de cualquier otra en su tratamiento. Por tanto, su institucionalización comporta el establecimiento tanto de una competencia como de un mandato. Por un lado, la competencia de la ley para regular la materia reservada. Y de otro, el mandato dirigido hacia el Parlamento para que éste sea quien delibere y decida aquellos asuntos que la Constitución le ha encargado mediante la reserva.
5. A diferencia de lo que sucede con la reserva de ley *simple* [en la que excepcionalmente la participación del Parlamento puede reducirse a establecer los criterios generales de regulación de la materia reservada y su desarrollo efectuarse mediante decretos legislativos], en el caso de las reservas de ley *agravadas* o *reforzadas*, entre las cuales se encuentra la reserva de Ley Orgánica, el establecimiento de límites y condicionamientos especiales para su aprobación se traduce en el impedimento *absoluto* de que su regulación lo efectúe otro órgano o, acaso, que su desarrollo legislativo se realice mediante una fuente distinta a la Ley Orgánica.
6. No son pocas las consecuencias que se derivan del hecho que el artículo 106 de la Constitución exija que la aprobación de las materias objeto de la reserva no se realice con mayorías simples, sino con más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (art. 106 CP).

Puesto que ello comporta una *excepción* al principio mayoritario, esto es, al principio según el cual en los asuntos de la *res publica* las decisiones se adoptan por los órganos de representación política mediante simples mayorías, en diversas ocasiones este Tribunal ha

llamado la atención sobre la necesidad de no realizar interpretaciones extensivas en la determinación de las materias sujetas a la reserva de Ley Orgánica. Como expresamos en la STC 00048-2004-AI/TC,

“debido a su carácter excepcional, el ámbito material reservado para las leyes orgánicas no puede entenderse en términos amplios o extensivos, sino de manera especialmente restrictiva” [Fund. Jur. Nº 40].

7. Precisamente por ello, en la STC 0003-2006-AI/TC afirmamos que la identificación del objeto de la reserva de Ley Orgánica está sujeta a su conformidad con los:

“criterios de taxatividad y residualidad, respectivamente, puesto que para que una materia deba ser regulada por ley orgánica, dicha previsión debe encontrarse expresamente prevista en la Constitución, y debe, además, ser interpretada en sentido restrictivo; mientras que [las regulación de] las materias que no han sido inequívocamente confiadas a las leyes orgánicas, corresponden ser reguladas por ley ordinaria” [STC 0003-2006-PI/TC, Fund. Jur. Nº 20].

8. Por lo que se refiere a los alcances de la reserva de Ley Orgánica que contiene el artículo 66 de la Constitución [“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”], el Tribunal observa que éste no establece que la regulación *in toto* de los recursos naturales (renovables o no renovables) deba desarrollarse mediante Ley Orgánica. No son los recursos naturales, como tales, los que están sujetos a dicha reserva. Ésta, en realidad, sólo se proyecta sobre 2 aspectos vinculados con dichos recursos naturales: (a) las condiciones de su utilización y (b) las condiciones de su otorgamiento a particulares.

Todo lo que no se refiera a estos 2 aspectos es ajeno al objeto de la reserva y su regulación carece del carácter de Ley Orgánica. Poco importa que la fuente que lo contenga, o lo regule, declare que ella es una Ley Orgánica. También es irrelevante que su aprobación se hubiera efectuado con el voto conforme de más de la mitad del número legal de congresistas. El carácter de Ley Orgánica no se obtiene sólo del hecho que se apruebe con una determinada mayoría, sino fundamentalmente de que la materia que trate se encuentre bajo el ámbito reservado a esta fuente del Derecho.

9. El apoderado del Congreso ha sugerido que las condiciones de utilización de los recursos naturales (como los recursos hídricos) y su otorgamiento a particulares son aspectos que se encuentran regulados en la Ley Nº 26821, Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. Y que en cierta forma la regulación que dicha Ley Nº 26821 efectúa, agota el objeto de la reserva de Ley Orgánica contemplada en el artículo 66 de la Constitución.
10. El Tribunal comparte parcialmente dicho criterio. Lo comparte en el sentido de que efectivamente la Ley Nº 26821 constituye una norma de desarrollo, entre otros temas, de los que se encuentran sujetos a reserva de Ley Orgánica según el artículo 66 de la Ley Fundamental. Así, por lo demás, lo declara su artículo 1, al sostener que la Ley Nº 26821 regula:

“el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66º y 67º del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales suscritos por el Perú”.

Y así también este Tribunal lo ha expresado en diversas ocasiones, como en la STC 0048-2004-PI/TC o en la STC 0026-2008-AI/TC y 0028-2008-AI/TC [acumulados]:

“la determinación de las materias sujetas a reserva de ley orgánica, se ha efectuado en la Ley N.º 26821 —Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales—, básicamente en su Título IV (Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales) y el Título V (Condiciones de aprovechamiento sostenible de recursos naturales)...” [Fund. Jur. N.º 41].

11. Sin embargo, el Tribunal advierte que la regulación efectuada sobre el objeto de la reserva por la Ley N.º 26821 es parcial e incompleta. Sus artículos 19, 21 y 29, empleando formas lingüísticas diversas, advierten que algunas de las condiciones de utilización de los recursos naturales y de su otorgamiento a particulares deberán desarrollarse mediante “leyes especiales”.

El problema que a partir de ello se suscita no es tanto si tal remisión a la ley especial pueda realizarse, sino si en su aprobación [y en particular, el tratamiento que pueda realizar de las condiciones de utilización de los recursos naturales y de su otorgamiento a particulares], deba (o no) satisfacerse las exigencias y limitaciones a que se refiere el artículo 106 de la Constitución.

12. A juicio del Tribunal, una respuesta que excluya su aprobación con respeto a las exigencias del artículo 106 de la Ley Fundamental es constitucionalmente inaceptable. La reserva de Ley Orgánica a la que está sujeta la regulación de las condiciones de utilización de los recursos naturales y de su otorgamiento a particulares, al provenir directamente de la Constitución (art. 66), no está a disposición del legislador.
13. En opinión del Tribunal, es inválido que una reserva de ley *agravada*, como la de la ley orgánica, termine sometida a un régimen de reserva de ley *simple*. Y en dicha consideración ninguna relevancia tiene que el órgano competente para expedir una u otra fuente sea el Parlamento. El Tribunal recuerda que la razón especial del agravamiento de la reserva no reside tanto en la cautela de que su tratamiento lo realice el órgano que representa la voluntad popular, sino en la necesidad de evitar la arbitrariedad en la que puedan incurrir mayorías parlamentarias simples en asuntos que, por su especial importancia, la Constitución ha querido que su aprobación se realice mediante mayorías calificadas. Como recordáramos en la STC 0048-2004-PI/TC,

“la ley orgánica no es una categoría normativa que pueda entenderse en los mismos términos que la ley ordinaria. Y no porque su ubicación en el sistema de fuentes diseñado por la Constitución de 1993 sea distinta (pues ambas comparten el mismo rango), sino por su disímil naturaleza. En efecto, a diferencia de la ley ordinaria, la ley orgánica (...) se aparta de la común manifestación del principio democrático en el ámbito del

procedimiento legislativo (sostenido en la preponderancia de las mayorías simples sobre las minorías), para imponer una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas” [Fund. Jur. Nº 39].

14. Descartada pues una interpretación de los artículos 19, 21 y 29 de la Ley Nº 26821, en el sentido que autoricen una “desreserva” de Ley Orgánica de la regulación de las condiciones de utilización y otorgamiento a los particulares de los recursos naturales, no queda sino tener que entender que las leyes especiales que se dicten serán legítimas siempre que sean aprobadas respetándose las formalidades que contempla el artículo 106 de la Constitución. En especial, su aprobación con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.
15. Sin embargo, en el caso, carece de sentido realizar un análisis meticuloso sobre cuáles son las *nuevas* condiciones de utilización y de otorgamiento a particulares de que contempla la Ley Nº 29338 en materia de recursos hídricos, y también si las normas que concretamente las regulan fueron aprobadas (o no) por más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Es innecesario realizar un análisis de esa naturaleza pues, el Tribunal observa que en el reporte de la votación de la sesión del 12 de marzo de 2009, de la Segunda Legislatura Ordinaria 2008-2009, tras someterse a consideración el proyecto de lo que hoy es la Ley Nº 29338 [con excepción de su artículo 2, que fue votado por separado], éste fue aprobado con el voto conforme de 75 congresistas. Es decir, con más de la mayoría requerida por el artículo 106 de la Constitución.

El Tribunal observa que la única materia que no fue aprobada con una mayoría superior a la mitad del número legal de miembros del Congreso fue su artículo 2 de lo que es ahora la Ley Nº 29338, que sólo contó con 59 votos conformes. Sin embargo, el Tribunal advierte que la materia regulada por dicho artículo 2 no está sujeta a la reserva que contempla el artículo 66 de la Constitución.

16. Por otro lado, el Tribunal toma nota de que una vez realizadas las 2 votaciones precedentes, en la misma sesión del 12 de marzo de 2009, el Pleno del Congreso de la República sometió a voto la exoneración de la segunda votación del proyecto de ley de lo que después sería la Ley Nº 29338, y que éste se aprobó sólo con 56 votos. Sin embargo, el Tribunal llama la atención que el tipo de mayoría requerida para la exoneración de la segunda votación de un proyecto de ley es una materia distinta a lo que es propiamente el objeto de la reserva de Ley Orgánica, de modo que el *quantum* que ésta haya podido obtener es irrelevante desde el punto de vista del artículo 106 de la Constitución.

### **§3. Ley de Recursos Hídricos y derecho a la consulta de los pueblos indígenas**

#### **a) Alegatos de los demandantes**

17. Por otro lado, se cuestiona que la aprobación y promulgación de la Ley impugnada se haya realizado sin respetarse el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados de manera previa e informada, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Ello afecta –sostienen– los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral,

establecidos en el ordinal “a” del artículo 6.1 y los artículos 2, 15 y 17 del precitado Convenio 169 de la OIT. De igual forma, cuestionan que en dicho proceso de aprobación y promulgación de la Ley cuestionada no se haya tomado en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

#### **b) Alegatos del Congreso de la República**

18. El apoderado del Congreso de la República argumenta que de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI, el Estado está obligado a realizar un proceso de consulta sólo en el supuesto de que se previeran medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, o siempre que pudiera afectarse el hábitat o la salud de quienes integran la comunidad nativa. Sostiene que no es ese el caso de la Ley impugnada, pues ella

“regula los recursos hídricos de manera general, de modo tal que las comunidades campesinas y nativas no son las únicas destinatarias de la norma” [Folios \_\_\_\_].

19. Igualmente, refiere, el contenido de la norma no está destinada a causar perjuicio a los pueblos indígenas, sino que está basada en el

“reconocimiento y respeto de las comunidades campesinas y nativas y su derecho a utilizar las aguas que discurren por sus tierras, para lo cual prevé varias disposiciones que garantizan que sus derechos no serán afectados” [Folios \_\_\_\_].

Entre ellos, sostiene, se encuentra la regulación de aspectos referidos con las “organizaciones de usuarios” (artículos 32 y 118) o los “derechos de uso de agua” (artículo 44), lo que constituye más que un supuesto de discriminación negativa, como se cuestiona, en realidad, uno de discriminación positiva a favor de los pueblos indígenas.

#### **c) Consideraciones del Tribunal Constitucional**

El Tribunal considera que los cuestionamientos no son atendibles.

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].

21. Como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 37]: (a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; (b) 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, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”.

22. El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT. Su ejercicio propicia y materializa el diálogo intercultural. Este tiene como fundamento el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas y su propósito es favorecer

“la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana” [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 18].

23. La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento.

24. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. De ella nos servimos para declarar que el trascurso de más de 3 lustros sin que se reglamentase la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT, propiciaba un supuesto de inconstitucionalidad por omisión [STC 5427-2009-PC/TC]. Tampoco fue abandonada ni puesta en entredicho por la RTC 6316-2008-PA/TC. No podría haberlo hecho, pues como se dejó entrever en la STC 0022-2009-PI/TC, el *diesaqueo* de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional, como el Convenio 169, esencialmente se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, y no mediante decisiones de los tribunales internos. Aquella, pues, sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios para resolver casos que involucren al derecho a la consulta. Y ello pese a la omisión legislativa que la acompaña.

25. El derecho a la consulta mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, es constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [STC 0023-2009-PI/TC, Fund. Jur. 64].

En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas.

26. Tratándose de medidas legislativas, en la STC 0022-2009-PI/TC el Tribunal llamó la atención sobre la necesidad de distinguir cuando menos 3 modos que éstas pueden revestir: (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a

los pueblos indígenas; y, (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [Fund. Jur. Nº 21].

27. En el caso de la Ley 29338, el Tribunal observa que ésta regula lo concerniente al uso y gestión de los recursos hídricos, esto es, el agua superficial, subterránea, continental, marítima y atmosférica así como los bienes asociados a estas. Según declara su artículo 2, su finalidad es “regular el uso y gestión integrada del agua, la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión, así como los bienes asociados a esta”. En ese sentido, crea el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos, estableciendo que entre sus cometidos se encuentra el aprovechamiento sostenible, la conservación y el incremento de los recursos hídricos, así como el cumplimiento de la política y estrategia nacional de recursos hídricos y el plan nacional de recursos hídricos en todos los niveles de gobierno y con la participación de los distintos usuarios del recurso. Igualmente, la ley cuestionada crea la Autoridad Nacional del Agua como ente rector de máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos y regula el uso de los recursos hídricos y los derechos de uso de agua.
28. El Tribunal constata que la Ley 29338 no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios. Tampoco una que regule directamente aspectos que tienen que ver con sus derechos colectivos. Dentro de la tipología de medidas de corte legislativo a la que nos referimos en el Fundamento anterior, el Tribunal considera que la Ley 29338 pertenece al grupo de normas de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar una afectación a los pueblos indígenas.
29. Esta apreciación vale incluso para el caso en el que la Ley 29338 hace referencia a los pueblos nativos en su contenido, como sucede con el artículo III de su Título Preliminar, que establece como uno de los principios en los que se inspira la Ley, el respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas así como su derecho de utilizar las aguas, que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la ley. O en relación al artículo 64, que establece que el Estado reconoce y respeta el derecho de las comunidades campesinas y comunidades nativas de utilizar las aguas existentes o que discurren por sus tierras (derecho que es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad), así como las cuencas de donde nacen dichas aguas, tanto para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales, en el marco de lo establecido en la Constitución Política, la normativa sobre comunidades y la Ley; añadiéndose, en su último párrafo, que ningún artículo de la Ley debe interpretarse de modo que menoscabe los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT.
30. Similares consideraciones también se extienden a lo regulado en su Título X, relativo a las “Aguas Amazónicas” y, en particular, con su artículo 118 [“Las comunidades nativas amazónicas organizan sus comités de subcuenca de acuerdo a sus usos y costumbres para toda actividad cultural, social o económica y se encargan de la protección de las cochas, humedales y restingas de selva. La Autoridad Nacional, en concordancia con los consejos de cuencas de la amazonía, vela porque en, las aguas existentes o que discurren por las áreas habitadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial no se otorgue ningún derecho que implique uso, disposición o vertimientos en las mismas”].

A juicio del Tribunal, un precepto de esta naturaleza, aislada o sistemáticamente interpretada en el contexto del Título X de la Ley 29338, no ocasiona menoscabo, detrimento o perjuicio directo en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. Al contrario, cumple con la obligación asumida por el Estado en los términos del artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT, que establece “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

31. Desde luego, que la Ley cuestionada no tenga por destinatarios exclusivos a los pueblos indígenas, o que ella abstractamente considerada no afecte directamente sus derechos e intereses colectivos, no quiere decir que en su *aplicación* concreta puedan desencadenarse afectaciones directas o preverse que esto pueda ocurrir. Tampoco quiere decir que una desestimación de esta demanda de inconstitucionalidad impida que tales afectaciones directas derivadas de la *aplicación* de la Ley 29338, antes de ser ejecutadas, deban obligatoriamente ser consultadas a los pueblos indígenas.
32. El Tribunal Constitucional recuerda, a estos efectos, que el ordinal “a” del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT establece que este derecho a ser consultados es obligatorio en todos aquellos casos en los que se prevean medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, independientemente de la naturaleza que tales medidas puedan tener.
33. De manera que al desestimarse este extremo de la pretensión, debamos precisar que esta decisión no inmuniza los actos de aplicación de la Ley Nº 29338. Tampoco deja exenta a las autoridades estatales de la obligación de realizar el proceso de consulta cuando las medidas administrativas de aplicación de la Ley Nº 29338 generen una afectación directa sobre los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas; y, por último, tampoco esta decisión del Tribunal cierra la posibilidad de que, prescindiéndose de la consulta pese a existir la obligación de realizarla, los pueblos indígenas puedan promover el proceso de amparo para denunciar la no realización de la consulta y anular los actos que los pudieran afectar.

Ello se deriva de su condición de derecho constitucional y del hecho que el proceso de amparo sea el remedio procesal instituido con el propósito de tutelar todos los derechos constitucionales con excepción de aquellos que se protegen en el Habeas Corpus y en el Habeas Data.

#### **§4. El derecho a la igualdad jurídica en el sistema de incentivos en las licencias de uso de agua**

##### **a) Alegatos de los demandantes**

34. Los demandantes sostienen que el sistema de incentivos de licencias de uso de agua para aquellos operadores que generen excedentes pone en una situación de desventaja a las comunidades nativas y campesinas, puesto que carecen de la capacidad para competir con empresas.

##### **b) Alegatos del Congreso de la República**

35. El apoderado del Congreso de la República sostiene que el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley cuestionada otorga preferencia en el otorgamiento de nuevos derechos a los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica que generen excedentes de recursos hídricos y que cuenten con un certificado de eficiencia. Y si bien dicho precepto contiene una norma de exclusión [“mediante la cual **no** tienen preferencia en el otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua que se otorguen sobre los recursos excedentes los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica que no reúnen los dos requisitos que se establecen: que generen excedentes de recursos hídricos y que cuenten con un certificado de eficiencia”], sin embargo, considera que tal diferenciación satisface todas las exigencias del principio de proporcionalidad, por lo que no resulta discriminatoria.

### **c) Consideraciones del Tribunal Constitucional**

Carece de fundamentos la objeción de constitucionalidad planteada.

36. En diversas ocasiones, el Tribunal ha expuesto que la igualdad jurídica consagrada en el artículo 2.2 de la Constitución, garantiza frente a tratamientos diferenciados que sean desproporcionados. No tutela que todos seamos tratados por igual siempre y en todos los casos, sino que la diferenciaciones que se puedan realizar se encuentren justificadas desde el punto de vista de las exigencias que se derivan de cada uno de los sub-principios que conforman el principio de proporcionalidad.

37. Aunque no se haya precisado la disposición que se cuestiona, la alegación de los demandantes en el sentido expuesto en el Fundamento N.º 34, *supra*, permite a este Tribunal identificar que el precepto impugnado por violación del derecho-principio de igualdad jurídica es el (segundo párrafo del) artículo 49 de la Ley impugnada. Este establece:

“La Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, promueve la reversión de los excedentes de recursos hídricos que se obtengan en virtud del cumplimiento de la presente norma, considerando para ello la normativa establecida por el Ministerio del Ambiente en la materia de su competencia.

Los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica que generen excedentes de recursos hídricos y que cuenten con un certificado de eficiencia tienen preferencia en el otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua que se otorguen sobre los recursos excedentes. El Reglamento establece las condiciones para la aplicación de lo establecido en el presente artículo”.

38. Como también ha sido aceptado por el apoderado del Congreso de la República, el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley N.º 29338 realiza, efectivamente, un trato diferenciado. Confiere “preferencia” a unos para acceder al otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua a los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica (si es que estos generan excedentes de recursos hídricos y tienen certificado de eficiencia) que no se los otorga a otros (esto es, a quienes no generan excedente de recursos hídricos, o que generándolos, sin embargo, carecen de certificado de eficiencia).

39. Tal diferenciación constituye una intervención leve del contenido *prima facie* protegido por el derecho-principio de igualdad, pues no fundándose en un motivo prohibido por la Constitución, sólo tiene incidencia negativa en el acceso y ejercicio de derechos de rango

meramente legal, como cualquiera de los derechos de uso del agua a los que se refiere el artículo 45 de la Ley N° 29338 [Cfr. STC 0045-2004-PI/TC]. Su objetivo es la generación de excedentes de recursos hídricos sobre la base de un aprovechamiento eficiente, en tanto que su finalidad, la promoción del uso sostenible de los recursos hídricos, lo que promueve el artículo 67° de la Constitución.

40. El Tribunal observa que la preferencia otorgada a quienes generan excedentes de recursos hídricos sobre la base de un aprovechamiento eficiente constituye un medio idóneo para promover el uso sostenible de tales recursos. Observa igualmente que existiendo otros medios con los cuales pueda alcanzarse el mismo fin [vgr. *negar* el acceso a nuevos derechos de uso de agua a quienes no generen excedentes de recursos hídricos o no cuenten con un certificado de eficiencia], el escogido por el legislador [otorgar *preferencia*] es el menos aflictivo sobre los derechos intervenidos. Y repara, finalmente, que constituyendo la intervención sobre el principio-derecho de igualdad sólo de intensidad leve, en tanto que de extrema importancia el grado de realización del fin [promoción del uso sostenible de los recursos hídricos], que la diferenciación realizada en el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley cuestionada no es excesiva.

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

#### **HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ  
ÁLVAREZ MIRANDA  
BEAUMONT CALLIRGOS  
CALLE HAYEN  
ETO CRUZ  
URVIOLA HANI**