

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Sentencia 310/2023 (Exp. N°
03326-2017-PA/TC)

El otorgamiento de la concesión minera como un supuesto
de afectación directa a los derechos de los pueblos
indígenas: Análisis de la oportunidad de la consulta previa

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

Arixa Tatiana Canales Ludeña

ASESOR:

Claudia Lucía Castro Barnechea


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, CASTRO BARNECHEA, CLAUDIA LUCIA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado Informe Jurídico sobre la Sentencia 310/2023 (Exp. No 03326-2017-PA/TC) El otorgamiento de la concesión minera como un supuesto de afectación directa a los derechos de los pueblos indígenas: Análisis de la oportunidad de la consulta previa”, del autor CANALES LUDEÑA, ARIXA TATIANA dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15 de julio del 2024.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 16 de julio del 2024

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> CASTRO BARNECHEA, CLAUDIA LUCIA	
DNI: 46549594	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0009-0004-4837-3217	



*Dedicado a mis padres y hermano, a quienes amo mucho,
para Alec, que estudió conmigo tantas madrugadas,
a mi querida área legal por su apoyo constante
y a Kenneth, mi compañero de PSE.*

RESUMEN

El presente análisis surge a partir de la demanda de amparo interpuesta por la Comunidad Campesina de Asacasi debido al otorgamiento de concesiones mineras dentro de su territorio sin que se haya efectuado previamente una consulta.

En última instancia, esta fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional, principalmente, porque se estimó que el mero otorgamiento de la concesión minera no conllevaba una afectación directa a los derechos de la referida comunidad. Por ende, no correspondía que el Estado Peruano realice la consulta antes de otorgar la concesión.

En ese entender, a lo largo de este informe, se cuestionará dicha decisión, pues, es contraria a normativa y jurisprudencia internacional. Específicamente, se emplea aquello desarrollado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, se aplica lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

Como consecuencia de la evaluación, este informe postula que, en el ordenamiento peruano, la concesión minera implica una afectación a la esfera jurídica de los derechos de los pueblos indígenas. Por ende, antes de su otorgamiento, es necesario que el Estado Peruano realice la consulta a los pueblos interesados.

Palabras clave

Consulta previa, pueblos indígenas, concesión

ABSTRACT

This analysis arises from the amparo lawsuit filed by the Campesino Community of Asacasi due to the granting of mining concessions within their territory without prior consultation.

In the last instance, the Constitutional Court declared it unfounded, mainly because it considered that the mere granting of the mining concession did not directly affect the rights of the community. Therefore, it was not appropriate for the Peruvian State to carry out the consultation before granting the concession.

In this understanding, throughout this report, this decision will be questioned, as it is contrary to international norms and jurisprudence. Specifically, we use the provisions of Convention 169 of the International Labour Organization and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Likewise, what is stated by the Inter-American Court of Human Rights on the matter is applied.

As a consequence of the evaluation, this report postulates that, in the Peruvian legal system, the mining concession implies an affectation of the legal sphere of the rights of indigenous peoples. Therefore, before granting the concession, the Peruvian State must consult with the indigenous peoples concerned.

Keywords

Prior consultation, indigenous peoples, concession

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Justificación de la elección de la resolución	5
1.2. Presentación del caso	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
2.1. Antecedentes	7
2.2. Hechos relevantes del caso	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
3.1 Problema principal	12
3.2 Problemas secundarios	12
3.2 Problema complementario	12
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	12
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	12
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	14
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	15
VI. CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	39

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Exp N° 03326-2017-PA/TC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Constitucional / Derechos Humanos
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	STC 310/2023
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Comunidad Campesina de Asacasi
DEMANDADO/DENUNCIADO	Instituto Geológico Minero Metalurgico (Ingemmet); Ministerio de Energía y Minas y la Dirección Regional de Energía y Minas de Apurímac
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Jurisdiccional
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

El análisis a la STC N° 310/2023 es sumamente relevante, puesto que, constituye la primera sentencia en materia de consulta previa del actual pleno del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), por lo que, ha servido para identificar la postura de los nuevos magistrados.

Mediante la citada sentencia, el actual TC ha superado el pronunciamiento recaído en el Exp. N° 03066-2019-PA/TC, con el cual se había negado a la consulta previa el carácter de derecho constitucional.

No obstante, la sentencia elegida posee una línea argumentativa que es de particular interés. Ello debido a que, aunque se reconoce el derecho a la consulta previa (en adelante, D.C.P), existe una disparidad en la interpretación de aquello que se entiende por “afectación directa”.

Por un lado, para el actual TC, el otorgamiento de la concesión minera no conlleva una afectación directa, pues, no implica por sí misma el inicio de actividades de exploración o explotación. En contraposición, para la Comunidad Campesina de Asacasi (en adelante, CCA), parte demandante en el caso materia de análisis, sus derechos se han visto afectados al haberse otorgado concesiones mineras sin que se les consulte previamente.

Como se puede apreciar, la interpretación que finalmente se estime correcta es sumamente relevante, dado que, en base a ello se determinará la oportunidad en la que el Estado Peruano debe realizar la consulta.

Cabe indicar que, este análisis continúa estando vigente, ya que, la postura y argumentación que utilizó el TC en la STC N° 310/2023, se replica en los votos singulares de los magistrados Domínguez Haro y

Monteagudo Valdez desarrollados en la STC N° 461/2023 (Exp. N° 00151-2021-PA-/TC), publicada el 12 de enero de 2024.

Finalmente, el estudio de la presente resolución se ha elegido en vista de que, pese a la importancia de los pueblos indígenas en el país, el Perú aún tiene un largo camino por recorrer para poder tutelar y garantizar efectivamente sus derechos.

1.2. Presentación del caso

El caso surge a partir de la interposición de una demanda de amparo por parte de la CCA contra (i) el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (en adelante, INGEMMET), (ii) el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM) y (iii) la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional de Apurímac (en adelante, DREM); por la omisión de realizar consultas previas pese a haber otorgado concesiones mineras en áreas geográficas que forman parte del territorio de la comunidad.

Debido a que la demanda fue declarada improcedente en las dos primeras instancias, el caso llega al TC, el cual resuelve el fondo del asunto y estima la demanda infundada.

Ello fue sustentado, principalmente, en que el TC estimó que en el caso no concurre un supuesto de afectación directa a los derechos de la CCA, pues, solo se habían otorgado concesiones, más no se habían realizado todos los actos administrativos necesarios para iniciar actividades de exploración o explotación. Por ende, no correspondía que se realice una consulta previa a la CCA.

En vista de lo fundamentado por el TC, se estima relevante cuestionar los alcances acerca de aquello que se entiende por afectación directa a derechos de pueblos indígenas y tribales (en adelante, PITs). Para lograrlo, será necesario tener claro el concepto, naturaleza y características de la consulta previa. Asimismo, se requerirá atender a las

implicancias de la concesión minera en el Perú, de tal forma que, se pueda apreciar si su otorgamiento genera un cambio en la esfera jurídica de derechos de los PITs.

En ese sentido, se realiza una revisión de instrumentos normativos nacionales e internacionales de gran envergadura para el análisis planteado, como, por ejemplo, el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante, Convenio 169) y la Ley N° 29785.

Adicionalmente, será de suma relevancia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) al momento de abordar los alcances de lo que se entiende por “afectación directa” en el marco del D.C.P.

Finalmente, como consecuencia del análisis realizado, se estima que el otorgamiento de una concesión minera sí incide en los derechos de los PITs.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

La CCA, descendiente del pueblo indígena andino quechua, se encuentra localizada en el distrito de Tambobamba, provincia de Cotabambas, departamento de Apurímac. Esta comunidad, cuyo 99.40% de su población tiene como lengua materna alguna lengua indígena, se encuentra en la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura y cuenta, desde el 16 de diciembre de 1986, con la Resolución de Reconocimiento R.D. 233-86-DR-XIX-A (Ministerio de Cultura, s.f.).

Pese a su indiscutible reconocimiento, desde 2004, hasta el momento de la interposición de la demanda, se habían concedido un total de 27

concesiones mineras (25 por parte de INGEMMET y 02 por parte del DREM) a 16 titulares diferentes, las cuales representan, en su conjunto, 11,112.67 hectáreas. Es decir, se había concesionado el 92.03% del territorio de la CCA, motivo por el cual, la comunidad interpuso una demanda de amparo.

2.2. Hechos relevantes del caso

A. Posiciones de las partes

a. Fundamentos de la parte demandante:

La CCA alega la vulneración de los derechos a la consulta previa, a la propiedad comunal y al territorio, a la libre determinación, así como de otros derechos contenidos en el Convenio 169, entre otros instrumentos internacionales.

En ese entender, se solicitó: (i) la nulidad de los actos administrativos que otorgaron las concesiones, (ii) la inaplicación de las normas que exoneran de la consulta previa a los PITs respecto del otorgamiento de concesiones mineras, (iii) que se ordene la realización de la consulta correspondiente, y (iv) que se inapliquen las normas que regulan la notificación de concesiones mineras a través del Peruano, pues, no permitirían que la comunidad sea notificada de forma oportuna y culturalmente apropiada.

b. Fundamentos de la parte demandada:

i. Fundamentos del INGEMMET

1. Acerca de la improcedencia de la demanda

Se alega que el D.C.P no se encuentra reconocido en la Constitución por lo que no cabe su tutela a través del proceso de amparo.

En ese sentido, el hecho que se reconozca en el Convenio 169 no le otorga el carácter de derecho fundamental ni rango constitucional en el ordenamiento peruano.

Además, indican que la interposición de la demanda se encuentra fuera de plazo, pues, el tiempo transcurrido desde la publicación de la normativa que se solicita se inaplique es mayor al indicado en el artículo 44 del Código Procesal Civil.

Por último, señalan que existe una vía igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones expedidas: el proceso contencioso administrativo.

2. Acerca de la fundabilidad de la demanda

Alegan que la parte demandada no ha demostrado que los actos administrativos, que estiman debería ser declarada su nulidad, han afectado directamente sus derechos.

Asimismo, señalan que el otorgamiento de una concesión minera no autoriza por sí misma el inicio de actividades de exploración ni explotación, sino que previamente debe obtenerse diversas autorizaciones.

Acerca de la amenaza de vulneración de derechos, se argumenta que esta debe ser real, cierta, inminente y tangible.

ii. **Fundamentos del MEM**

- No se ha demostrado de manera fehaciente que la CCA sea considerada o pertenezca a los PITs con D.C.P. Se indica que a la fecha no se cuenta con el registro de la comunidad como perteneciente a los pueblos andinos ni se conoce el área geográfica en el que se encuentra su territorio.

- No se ha acreditado el inicio de prospección o explotación de los recursos en los territorios materia de las concesiones que se cuestionan. Por ende, no existe una afectación directa a los derechos de la comunidad.

iii. Fundamentos del DREM

- Se indica que, de acuerdo con las competencias de INGEMMET, el otorgamiento de concesiones mineras no implica automáticamente una consulta previa, dado que, este no habilita actividades de exploración o explotación sin las licencias y autorizaciones pertinentes, que incluyen la aprobación del Instituto Nacional de Cultura y la certificación ambiental.
- Argumentan que el Convenio 169 solo es aplicable a pueblos indígenas o tribales que poseen características específicas, las cuales no han sido acreditadas por la demandante. Asimismo, sostienen que las comunidades campesinas, aunque puedan compartir similitudes con los pueblos indígenas, no necesariamente califican como sujetos beneficiarios del D.C.P.

B. Pronunciamientos judiciales

a. Primera instancia judicial

El Juzgado Mixto de Cotabambas declaró improcedente la demanda bajo el entender que: (i) el proceso de amparo no se constituye en la vía idónea para tutelar los derechos colectivos de la CCA, sino que esta debió acudir al proceso contencioso administrativo; (ii) que los plazos para exigir la nulidad de los actos administrativos que no fueron materia de consulta previa ya prescribieron; y (iii) el plazo para interponer una acción de amparo contra la normativa que se solicita inaplicar ha prescrito.

b. Apelación de auto que declaró la improcedencia

La CCA sustentó su apelación en dos aspectos: (i) que no existen otras vías igual de satisfactorias para salvaguardar sus derechos y (ii) que las normas que se solicita inaplicar son autoaplicativas, frente a las cuales sí procede el proceso de amparo.

c. Segunda instancia judicial

La Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac confirmó la resolución de primera instancia, pues, estima que ya habría transcurrido más de 60 días desde producida la afectación que alega la Comunidad Campesina. Además, alega que existen otras vías más idóneas, el proceso contencioso-administrativo y el de inconstitucionalidad.

d. Recurso

La CCA interpuso recurso de agravio constitucional, puesto que, estimó que el proceso de amparo sí se constituía como una vía idónea para el caso. Ello debido a que el presente caso discutía la vigencia de derechos de rango constitucional de un grupo de extrema vulnerabilidad.

Además, se indica que cuando existen hechos lesivos omisivos, como la falta de consulta, los efectos subsisten, por lo que, no se ha agotado el plazo previsto para interponer la demanda de amparo.

C. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Si bien estimó que el proceso de amparo era la vía idónea para el caso, pues, requiere de una tutela de urgencia, se declaró infundada la demanda.

Ello debido a que el Tribunal consideró que la concesión minera no implicaba una afectación directa a los derechos de la CCA. Sin embargo, en lo referido a la publicidad de los petitorios mineros y del propio otorgamiento de las concesiones, exhortó a que el Congreso de la República legisle sobre la materia.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿Podría considerarse el otorgamiento de una concesión minera como un supuesto de afectación directa a los derechos de los PITs?

3.2 Problemas secundarios

- ¿La consulta previa es un derecho reconocido constitucionalmente en el Perú?
- ¿Cuál es la naturaleza del D.C.P?
- ¿Cuál es el momento en que se debe efectuar la consulta previa?
- ¿Cuáles son los derechos que otorga la concesión minera?
- ¿Qué se entiende por afectación directa?

3.2 Problema complementario

- En el caso materia de análisis ¿Se ha vulnerado el D.C.P?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Mediante el presente informe, se postula que el otorgamiento de concesiones mineras que se superpongan sobre territorios de PITs, implica que se altere la esfera jurídica de sus derechos. Consecuentemente, se debe efectivizar el D.C.P antes de que se genere esta afectación.

Para poder realizar dicha afirmación, se propone un análisis que complemente los alcances e implicancias del D.C.P y la figura de la concesión minera en el ordenamiento peruano.

En ese sentido, en primer lugar, se sostiene que la consulta es un derecho que, en el Perú, se ha reconocido como uno de rango constitucional, pese a no ubicarse de manera literal en la Constitución.

En segundo lugar, la naturaleza del D.C.P conlleva a que no solo sea considerado como una obligación estatal, sino que es un componente fundamental de diálogo, sustentado en la libre determinación de los PITs, que busca la confluencia de opiniones y se orienta a encontrar un consenso. Además, el D.C.P permite que los PITs puedan ejercer plenamente otros derechos.

En tercer lugar, es relevante atender a la oportunidad en la que se debe concretar el D.C.P. Respecto a este punto, se estima que la consulta debe llevarse a cabo de forma previa a que exista una afectación a derechos de los PITs. Es decir, no puede esperarse a que se perturben derechos para recién realizarla.

En cuarto lugar, en lo relativo a la concesión en el rubro minero, se puede apreciar que su mero otorgamiento ya genera derechos a su titular. Sobre ello, se debe considerar la concesión se constituye como la primera fase en cualquier plan de desarrollo minero y su otorgamiento no implica derechos expectaticios, sino que configura ya una restricción al uso y goce de la propiedad.

De manera específica, se encuentra que: (i) el derecho del concesionario es uno real e irrevocable; (ii) la legislación en materia de minería tiene previsto la expropiación y la servidumbre de uso como mecanismos para que el titular de la concesión pueda acceder el terreno superficial cuando le sea imposible llegar a un acuerdo con el dueño, (iii) la concesión otorga un derecho exclusivo y excluyente en relación al aprovechamiento de los recursos; (iv) los titulares de las concesiones tienen derecho usar las aguas que sean necesarias para el servicios doméstico del personal y para las operaciones de la concesión, entre otros.

En quinto lugar, respecto al concepto de “afectación directa” al que refiere el D.C.P, se considera que este implica la perturbación a la esfera jurídica de derechos de los PITs. Ello debido a que, la afectación a los PITs no solo puede darse a su situación concreta (de facto), sino que también puede impactar sobre sus derechos (de jure).

Teniendo en cuenta lo desarrollado previamente, se reafirma que la concesión minera constituye una afectación directa al ejercicio de los derechos de los PITs, razón por la cual, la consulta debe ser previa a su otorgamiento.

En ese entender, en el caso de la CCA, se ha vulnerado su D.C.P, pues, se concedieron 27 concesiones mineras en su territorio sin realizar, de forma previa, la consulta.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Como postura personal, no comparto la fundamentación ni la decisión adoptada por el TC en la STC 310/2023.

Sobre el desarrollo, la sentencia empieza de manera adecuada, ya que, realiza un recuento importante sobre los PITs y su reconocimiento, sobre el D.C.P (llegando a citar normativa de la Corte IDH y desarrollando sus principios) y sobre la concesión minera (afirmando que este constituye derechos).

No obstante, pese a todos los alcances elaborados, al momento de analizar el concepto de “afectación directa”, el TC comete un error cuando pretende argumentar que es el inicio de actividades de exploración o explotación lo que constituiría una afectación, dejando de lado el otorgamiento de la concesión.

Es así que, por medio de una interpretación incorrecta y contraria a estándares internacionales, el TC no ha tutelado el D.C.P de la CCA.

Sin embargo, destaco que la presente sentencia significó un avance en la materia, pues, confirmó el D.C.P es un derecho reconocido constitucionalmente en el ordenamiento peruano.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. El derecho a la consulta previa

5.1.1. Concepto de consulta previa

Según la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), el D.C.P se fundamenta en la **voluntad de superar la histórica discriminación que han experimentado los PITs** (Eguiguren, 2016, p.05). Por ello, Convenio 169 busca **garantizar su participación en la toma de decisiones gubernamentales que puedan afectar sus intereses**, tales como su subsistencia, la preservación de su estilo de vida, entre otros (Eguiguren, 2016, p.05).

Específicamente, los primeros alcances del D.C.P se brindan con el artículo 6 del citado convenio, el cual señala que los Estados tienen la obligación de efectuar de buena fe, a través de procedimientos que sean adecuados, **la consulta a los PITs que puedan ser afectados directamente por medidas legislativas o administrativas**, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento (Convenio 169, 1989). Aplicado a supuestos más específicos, el Convenio 169 precisa lo siguiente:

En vista que los **recursos naturales** ubicados en territorios ocupados por los PITs son objeto de protección especial, los Estados deben asegurar el derecho a su administración, utilización y conservación. En ese sentido, cuando en dichos territorios existan recursos (del subsuelo, minerales u otros) que sean de propiedad estatal, antes de que se emprenda o autorice cualquier proyecto de prospección o explotación, los gobiernos, deben establecer mecanismos de consulta con los PITs. De esta manera, el artículo 15 del Convenio 169 brinda mayores alcances acerca del D.C.P, pues, además de lo antes mencionado,

indica que **la consulta busca determinar la medida en que los intereses de los PITs serían perjudicados** (1989).

Otro alcance es brindado en el artículo 16 del Convenio 169, ya que, señala que los Estados deben obtener el consentimiento de los PITs que, excepcionalmente, requieran ser reubicados. Sin embargo, en caso no sea posible contar con el consentimiento, el mismo que debe haber sido dado libremente y con pleno conocimiento, el traslado y reubicación sólo se podrá realizar en los términos desarrollados en la legislación nacional, buscando siempre la opción que los pueblos desplazados puedan retornar a sus territorios (1989).

Por su parte, el artículo 17.2 del Convenio 169 impone a los Estados la obligación de consultar a los PITs **siempre que se incida sobre su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas** fuera de su comunidad (1989).

De esta manera, el D.C.P se convierte en un proceso democrático para la toma de decisiones, en una obligación internacional que los Estados deben cumplir y un derecho de los PITs que ha sido desarrollado, inicialmente, a lo largo del Convenio 169, pero que ha experimentado un importante avance a partir de este (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2016, p.13), lo cual se puede apreciar en el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUPI) y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DAPI).

Específicamente, el artículo 19 de la DNUPI, señala que la consulta tiene el **objeto de lograr conseguir el consentimiento de los PITs** (2007).

Por su parte, el artículo 23 de la DAPI expresa que los PITs poseen el derecho a **participar activamente en el proceso de toma de decisiones** que puedan afectar sus derechos. Para ello, la DAPI establece que los Estados celebren consultas previo a la adopción de las referidas decisiones (2016).

5.1.1.1. El derecho a la consulta previa en la legislación peruana

A nivel nacional, este derecho se ha desarrollado, principal y explícitamente, en la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (en adelante, Ley D.C.P), y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC (en adelante, el Reglamento D.C.P).

Al respecto, la Ley D.C.P ha precisado que tiene como objeto desarrollar el contenido, los principios, y el procedimiento del D.C.P. Además, señala que **esta norma se interpreta en consonancia a** los compromisos asumidos por el Estado Peruano a raíz de la suscripción del **Convenio 169** (2011, Artículo 1).

En ese sentido, el Reglamento D.C.P, otorga mayores alcances acerca del objeto de la Ley, el Reglamento y del propio D.C.P, pues, el artículo 1.3 desarrolla que este derecho se realiza **para asegurar los derechos colectivos de los PITs** reconocidos por el Perú en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales reconocidos (2012).

Sobre el concepto del D.C.P, este ha sido definido, conforme la pauta brindada en el Convenio 169, en el artículo 2 de la Ley D.C.P de la siguiente manera:

Artículo 2. 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 afecten directamente estos derechos.
La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.

Como se puede apreciar del citado artículo, el legislador peruano ha seguido la pauta ya brindada en el Convenio 169 al momento de definir el D.C.P.

Ese mismo enfoque se encuentra en el desarrollo del artículo 3 de la Ley D.C.P, referido a la finalidad de la consulta. Sin embargo, este artículo incide en que,

para lograr el objetivo de la consulta, esta debe realizarse mediante (i) un **diálogo intercultural que asegure la inclusión de los PITs en el proceso de toma de decisiones estatales** y (ii) la implementación de medidas que respeten sus derechos colectivos (2011).

Ahora, si bien es claro el reconocimiento y desarrollo legal del D.C.P, es relevante mencionar que ha existido un debate acerca de su reconocimiento constitucional.

Al respecto, resulta importante atender al pronunciamiento del TC en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC, el cual resolvió declarar improcedente la demanda de amparo interpuesta por las Comunidades Campesinas Chilla Chambilla y Chila Pucará, pues, consideró que el D.C.P no se encontraba reconocido, implícita o explícitamente, en la Constitución Política del Perú. Por ende, para el TC, este no podía ser tutelado por medio de un proceso de amparo (2022, fundamento 3).

No obstante, este es un criterio, no sólo incorrecto, sino que ya no se encuentra vigente en el ordenamiento peruano, ya que, TC, en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 03326-2017-PA/TC (2023, fundamento 22), materia de análisis en el presente informe, y N°00151-2021-PA/TC (2023), recurso interpuesto por la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente, ha reconocido que **D.C.P tiene rango constitucional en el ordenamiento peruano.**

Ello resulta de una interpretación sistemática de la Constitución (1993), específicamente de los siguientes artículos:

- El artículo 3, pues, indica que la enumeración de derechos que se realiza en el Capítulo I de la Constitución no excluye la existencia de otros derechos que esta última garantiza.
- El artículo 55, el cual reconoce que los tratados internacionales forman parte del derecho nacional peruano.

- La Cuarta Disposición Final y Transitoria, ya que, reconoce que los derechos y libertades consagrados en la Constitución se interpretan en atención de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Además, en reiterada jurisprudencia, el TC ya ha sostenido que los tratados internacionales de derechos humanos, más allá ser parte del ordenamiento jurídico, gozan de categoría constitucional.

En ese sentido, en el Expediente N° 4587-2004-AA/TC, el TC señaló que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales no solo se extrae a partir de la Constitución, sino también de los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2005, fundamento 44).

Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente 00025-2005-PI/TC y Exp. 00026-2005-PI/TC acumulados, se explicita que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, ya que, los derechos que reconocen poseen igual rango (Tribunal Constitucional, 2006, fundamento 33).

Cabe indicar que, esta función interpretativa también está recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N° 31307, el mismo que señala que el contenido y alcances de los derechos protegidos por los procesos regulados en dicha norma, se deben interpretar de conformidad a la normativa y jurisprudencia internacional de protección de los derechos humanos (2021).

Por todo lo desarrollado previamente, es claro que los tratados internacionales de derechos humanos son incorporados en el ordenamiento peruano con un rango constitucional. Consecuentemente, el D.C.P previa es parte del bloque de constitucionalidad del Estado peruano.

5.1.2. Naturaleza de la consulta previa

Para poder comprender a mayor cabalidad el D.C.P y sus implicancias, es relevante tener en cuenta que este surge como **respuesta a la necesidad de integrar a un sector significativo de la población que históricamente ha sido excluido de la toma de decisiones** por parte del Estado (Soto, 2013, p. 149).

En ese sentido, el D.C.P es el medio de protección reforzada a través del cual se **busca tutelar la voluntad** de los PITs y con ello salvaguardar sus otros derechos (Salmon et al., 2012, p. 33).

Bajo ese enfoque, la obligación de los Estados de consultar representa una medida histórica de reparación implementada para prevenir futuras violaciones de derechos humanos contra los PITs, grupo que ha sido víctima de tales injusticias (Salmon et al., 2012, p. 33).

Por ende, el D.C.P. **no solo se entiende como una obligación** estatal, sino también como un **elemento esencial del diálogo destinado a conciliar intereses** opuestos y prevenir conflictos potenciales, en el que prima la gestión del Estado para fortalecer la gobernabilidad democrática. (Defensoría del Pueblo, 2009, p.7).

Bajo ese enfoque, el D.C.P implica no solo el derecho a reaccionar sino también el de proponer, de tal manera que se logre que los PITs tengan incidencia sobre su desarrollo económico, cultural y social (OIT, 2009, p. 60).

Asimismo, **la consulta es un elemento crucial a través del cual se garantiza los derechos colectivos** de los PITs, dado que, deriva del derecho de los referidos pueblos a la libre determinación, así como de los principios de democracia y soberanía popular (Anaya, 2009, p.15).

Respecto a la relación con el **derecho a la libre determinación** (en adelante, DLiD), este último es una **premisa fundamental del D.C.P**, puesto que, implica el anhelo de preservar, fomentar y otorgar como legado a futuras generaciones

sus territorios ancestrales e identidad conforme sus propias prácticas culturales, su sistema legal y sus instituciones (citado en Soto, 2013, p. 148).

Consecuentemente, la autodeterminación de los PITs les otorga la capacidad de organizarse de manera autónoma, sin interferencias políticas o económicas externas. No obstante, es esencial no confundir esta autonomía con aspiraciones que puedan ser estimadas como autárquicas, antisistémicas o separatistas; ya que, esta debe leerse en conjunto con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (Tribunal Constitucional, Exp. N° 03343-2007-PA/TC, 2009, fundamento 32).

A partir de lo desarrollado en este acápite, se puede deducir que la consulta previa posee una doble naturaleza. Por un lado, se concibe como un derecho independiente fundamentado en la libre determinación de los PITs que se caracteriza por la búsqueda del diálogo orientado a la conciliación de intereses. Por otro lado, se puede argumentar que este sirve como un “instrumento” que permite el ejercicio de otros derechos reconocidos para los PITs (Congreso de la República, 2009, p. 72).

Tener clara esta distinción es de particular interés para el presente informe, pues, es sumamente importante que el D.C.P no sea concebido como un simple procedimiento, sino que, es un derecho que, aun cuando actúa de manera “instrumental”, no pierde dicha naturaleza.

5.1.3. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa

Tal como ha indicado el jurista Samuel Abad, por lo general, los derechos fundamentales no poseen un carácter absoluto, por lo que, pueden estar sujetos a determinados límites. En ese sentido, el legislador sí puede regular e incidir en la esfera de los derechos fundamentales, siempre que el resultado de dicho ejercicio respete su contenido esencial (1992, p. 11).

Ahora, en cuanto a los que se entiende por contenido esencial, este es un concepto jurídico indeterminado, razón por la cual, no es posible establecer un

significado general, sino que debe analizarse caso por caso, es decir, respecto a cada derecho fundamental (Salazar, 2008, p. 43).

Sobre la materia, el TC ya ha detallado la diferencia entre el restringir o limitar un derecho y su disminución o supresión. Ello debido a que, la limitación refiere únicamente al establecimiento de condiciones bajo las cuales debe ejercerse y no a intervenciones sobre el derecho que transgredan los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Expediente N° 014-2002-AI/TC, 2002, fundamento 93).

En lo que refiere al contenido constitucionalmente protegido del D.C.P, el TC ya lo ha delimitado mediante el caso Gonzalo Tuanama Tuanama (Expediente N° 00022-2009-PI/TC, 2010, fundamento 37), el cual ha desarrollado que dicho contenido versa sobre lo siguiente:

- El acceso a la consulta.
- El respeto a los aspectos fundamentales del proceso.
- La garantía de que se cumplan los acuerdos alcanzados con la consulta.

Asimismo, el TC amplió este contenido al detallar las características esenciales del derecho a la consulta mediante principios orientadores: (i) **la buena fe**, (ii) la flexibilidad, (iii) la transparencia, (iv) **el objetivo de alcanzar un acuerdo**, y (v) **la implementación previa** del proceso de consulta. Sobre estos, el máximo intérprete de la constitución incide en que, la ausencia de cualquiera de los principios conlleva a la afectación del D.C.P (Expediente N° 00022-2009-PI/TC, 2010, fundamento 26).

Cabe indicar que, el artículo 4 de la Ley D.C.P, también explicita como principios rectores del D.C.P la interculturalidad, que el proceso se ejecute en un plazo razonable, la ausencia de condicionamiento o coacción y que la información sea brindada oportunamente (2011).

Para efectos del presente informe, es relevante exponer más a profundidad los principios de (i) buena fe, (ii) carácter previo de la consulta y (iii) objetivo de

alcanzar un acuerdo, los mismos que se alimentan y complementan entre sí, así como con el resto de los principios orientadores.

Respecto al primero, este implica la búsqueda de una activa participación de las partes en un **marco de cooperación mutua** (Salmon et al., 2012, p. 52). Además, la buena fe excluye la realización de cualquier clase de práctica, implícita o expresa, que pretenda vaciar el contenido del D.C.P durante sus tres etapas elementales: (i) la determinación de la afectación directa, (ii) la consulta en estricto y (iii) la implementación de la medida (Tribunal Constitucional, Expediente N° 00022-2009-PI/TC, 2010, fundamento 27).

Segundo, en lo relativo al principio de implementación previa, este refiere a la oportunidad en la que se realice la consulta, pues, es esencial que los PITs puedan ser **incluidos en la discusión de una medida**, de tal manera que puedan expresar sus perspectivas culturales para que sean consideradas (Tribunal Constitucional, Expediente N° 00022-2009-PI/TC, 2010, fundamento 36).

En ese sentido, esta inclusión no puede ser formalista, sino que debe se debe lograr un diálogo que permita a los PITs realizar propuestas, negociar y hasta adecuar aquello planteado por el Estado.

Para ello, es importante que la consulta **se efectúe con la suficiente anticipación** que permita la asimilación de la información brindada por el Estado, de tal manera que, los PITs puedan evaluar y tener una opinión sobre la medida antes del inicio de la negociación propiamente dicha (Salmon et al., 2012, p. 48).

Desde esta óptica, **si la consulta se traslada a un momento posterior a la publicación de la medida, se eliminaría la expectativa de participación** inherente al D.C.P. Asimismo, implicaría que la consulta se realice sobre decisiones y hechos que ya acontecieron, lo que podría interpretarse como una falta de buena fe (Tribunal Constitucional, Expediente N° 00022-2009-PI/TC, 2010, fundamento 36).

Por último, sobre el objetivo de alcanzar un acuerdo, es importante que se tenga en cuenta que, si bien, salvo determinados supuestos, no se exige el consentimiento, ello no implica a los gobiernos pueden adoptar arbitrariamente decisiones que puedan afectar los derechos de los PITs, sino que, existe un límite al ejercicio de su poder (Soto, 2013, p. 150). Específicamente, es necesario que los Estados atiendan a las características esenciales del D.C.P, de tal manera que, los procesos que implementen tengan como objetivo el alcanzar un consenso y obtener el consentimiento informado de los PITs.

Bajo ese entender, tal como enuncia el relator especial de la ONU sobre PITs, James Anaya, el D.C.P no recae en si existe o no un derecho a veto, ya que, la consulta no puede ni debe ser entendida como una herramienta de votación de “sí” o “no” (2010). Todo lo contrario, el D.C.P es un proceso que posibilita la comprensión por parte del Estado de las necesidades reales de los PITs, con lo cual, pueda integrar ese enfoque cuando se evalúen las medidas que los afecten (Salmon et al., 2012, p. 57).

Así pues, el principio del D.C.P referido al objetivo de alcanzar un acuerdo **es importante, más que por el resultado final, por el proceso que conlleva**, en vista del dialogo que genera con los PITs. Por consiguiente, aunque existan casos en los que no se llegue a un acuerdo, el Estado siempre debe considerar las opiniones/propuestas/demandas expresadas en el proceso y respetarlas en la mayor medida posible, pues, lo contrario reflejaría que el proceso de consulta no tuvo como objetivo el llegar a un acuerdo (Salmon et al., 2012, p. 55).

No obstante todo lo desarrollado, es relevante precisar que, cuando el Estado no actúe de acuerdo a la voluntad de los PITs, este deberá fundamentar su decisión en argumentos “objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 124).

Una materialización de ello se encuentra descrita en el artículo 15 de la Ley D.C.P, el cual señala que la decisión acerca de si se aprueba la medida legislativa o administrativa corresponde al Estado, por lo que, en caso no exista

un acuerdo, este deberá adoptar acciones para garantizar los derechos colectivos de los PITs. No obstante, también se precisa que **la decisión debe motivarse debidamente y su emisión conlleva la previa evaluación de las diversas perspectivas**, recomendaciones y sugerencias de los PITs (2011).

Por lo tanto, la consulta se convierte en una responsabilidad de los Estados que va más allá de ser un simple proceso, siendo más bien un diálogo continuo de buena fe. En ese sentido, es vital que, al momento de abordar cualquier caso en el que se analice el D.C.P, se atienda a sus principios y no se pretenda implementar limitaciones arbitrarias, de manera que vulnere los derechos de los PITs.

5.2. La consulta previa en el sector minero

5.2.1. Las medidas administrativas materia de consulta

Inicialmente, durante la vigencia del D.S. N° 023-2011-EM, el otorgamiento de concesiones se estimaba como una medida administrativa que justificaba la realización de la consulta a los PITs (2011, artículo 14).

No obstante, dicho panorama cambió con la publicación de la Ley D.C.P y su Reglamento, siendo la primera la que derogó el D.S. citado en el primer párrafo.

Si bien, tal como se indicó en el acápite 5.1.1.1 del presente informe, la Ley D.C.P ha definido y desarrollado el D.C.P conforme lo señalado en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, no obstante, el Reglamento de la Ley D.C.P, al detallar lo que se entiende por “medidas administrativas”, brinda una óptica distinta.

Ello debido a que, el artículo 3, inciso i) del Reglamento de la Ley D.C.P señala que, se entiende por medida administrativa, el acto administrativo que faculta el comienzo del proyecto o actividad, lo cual puede dar a entender que la consulta no sería necesaria de forma anterior al otorgamiento de la concesión (2011).

Posteriormente, en 2012, fue publicado el D.S. N° 020-2012-EM, cuya Primera Disposición Complementaria Modificatoria, cambió, entre otros, el procedimiento CM01 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del MEM, referido al “Otorgamiento, Modificación y Oposición de Concesión de Beneficio”.

A partir de la revisión del referido procedimiento, se desprende que, en el Caso A, se ha previsto la consulta previa recién en la Etapa C: Inspección de verificación, otorgamiento del título y autorización de funcionamiento. Por ende, los pueblos interesados no serán consultados hasta luego de la autorización de ejecución de obras con fines de aprovechamiento hídrico y la aprobación del estudio ambiental (ambas actividades correspondientes a la Etapa B: Autorización de Construcción).

Además, en el caso del procedimiento AM01, relacionado a la autorización para el inicio/reinicio de actividades de exploración, desarrollo, preparación y explotación en concesiones mineras, se indicó que la consulta previa era necesaria para la autorización del inicio de actividades de explotación (D.S. N° 020-2012-EM, 2012).

En 2013, la R.M. N° 003-2013-MEM-DM, estableció que los procedimientos para autorizar el inicio de actividades de exploración, desarrollo y preparación, así como la construcción de una planta de beneficio, están sujetos a un proceso de consulta mientras haya PITs que puedan resultar afectados (2013).

Otro alcance fue brindado por la R.M. N° 362-2015-MEM-DM, pues, el artículo 1 indica que la consulta previa se realiza antes de la autorización de: (i) la construcción (en el otorgamiento de la concesión de beneficio), (ii) el inicio de actividades de exploración o (iii) explotación (2015).

Por su parte, la R.M. N° 403-2019-MINEM/DM, modificada por la R.M. N° 254-2021-MINEM/DM, precisó los procedimientos administrativos del subsector minero en los que se requiere realizar la consulta previa (2019).

Teniendo en cuenta la modificación efectuada, este último instrumento normativo desarrolla, en el artículo 3, la oportunidad de la consulta previa y señala que se puede iniciar con la misma cuando ya se haya emitido la certificación ambiental correspondiente y hasta antes de que se autoricen los procedimientos administrativos que se desarrollan en el artículo 1 (R.M. N° 403-2019-MINEM/DM, 2019).

Cabe indicar que, la única excepción a dicha disposición es aquella regulada en el artículo 3-A. No obstante, el citado artículo sólo contempla que la etapa de identificación de PITs pueda ser iniciada después de que se admita a evaluación el instrumento de gestión ambiental, hasta antes de que se solicite la aprobación de (i) la autorización de construcción en la concesión de beneficio, (ii) la autorización para el inicio o reinicio de actividades de desarrollo, preparación y explotación, y (iii) el otorgamiento de la concesión de transporte minero (R.M. N° 403-2019-MINEM/DM, 2019).

Ahora, a nivel jurisprudencial, el TC también ha dictaminado alcances relevantes con relación a aquello que debe considerarse como una medida administrativa materia de consulta. Para ello, el supremo intérprete de la constitución ha desarrollado lo que se entiende por “afectación directa”.

Específicamente, en la sentencia recaída en el Expediente N°0022-2009-PI/TC, se indicó que la afectación directa implica que la situación jurídica de los PITs se modifique de forma inmediata y significativa (Tribunal Constitucional, 2010, fundamento 55).

Dicha aseveración fue analizada en el rubro minero en el caso resuelto bajo el Expediente N° 03066-2019-PA/TC, en el cual el TC afirmó que la mera concesión no se constituye como un supuesto de afectación directa, ya que, no autoriza la realización de ninguna intervención. En adición a ello, la sentencia precisó que, en todo caso, la consulta debe ser llevada a cabo antes de los actos que autoricen la exploración o explotación (Tribunal Constitucional, 2022, fundamentos 31 y 32).

Esta argumentación ha sido replicada en el caso de la CCA, materia de análisis del presente informe, ya que, a criterio del Tribunal, existirá una afectación directa cuando existan pruebas razonables de que se va a generar una situación riesgosa o cambios relevantes en aspectos que son base de la cohesión y la existencia social de los PITs (Tribunal Constitucional, Expediente N° 03326-2017-PA/TC, 2023, fundamento 70).

Teniendo en consideración lo desarrollado en este acápite, se puede apreciar que, en el sector minero peruano, no se estaría considerando que se realice un proceso de consulta antes del otorgamiento de una concesión, sino que, el ejercicio del derecho se vincularía a etapas posteriores, más cercanas a la propia ejecución.

En otras palabras, actualmente, existe normativa y jurisprudencia en el ordenamiento peruano de la cual se desprende que la concesión minera no implicaría una afectación a los derechos de PITs. Por lo tanto, resulta relevante analizar los alcances de la concesión en el rubro minero y si ella impacta directamente en la esfera de derechos de los PITs.

5.2.2. La concesión minera

De acuerdo con el TUO de la Ley General de Minería (en adelante, LGM), aprobado por medio del Decreto Supremo N° 014-92-EM, la concesión minera otorga un **derecho real irrevocable**, siempre que se cumpla con las obligaciones que impone el ordenamiento para su vigencia, con el cual el titular tiene derecho a exploración y explotación de recursos minerales en un área específica (1992, artículo 10).

En ese sentido, tal como se desprende del artículo 37 de la LGM, el titular de la concesión minera goza de determinados derechos:

- En caso los terrenos sean eriazos y se encuentren en las coordenadas indicadas en el petitorio minero, el titular podrá usarlos de forma gratuita y automática con el objeto de perseguir el fin económico de la concesión.

Cabe indicar que, esta prerrogativa no se extiende a los terrenos eriazos fuera de la concesión, sin embargo, el artículo 37.2 de la LGM sí faculta al concesionario a solicitar el derecho de uso gratuito de los mismos.

- A solicitar, cuando sea necesario para el uso racional de la concesión, autorización para que se establezcan servidumbres en terrenos pertenecientes a terceros. Asimismo, en caso estas enerven el derecho de propiedad de dicho titular, este último o la autoridad correspondiente, podrán propiciar la expropiación.
- El titular se encuentra facultado de solicitar autorización para que se le conceda la servidumbre o el uso minero sobre un terreno en el que ya exista otra concesión minera, siempre y cuando no obstaculice la actividad de este concesionario.
- De ser necesario para el uso racional de la concesión, el titular puede presentar una solicitud para la expropiación de determinados inmuebles, aunque estos posean otra finalidad económica. Cabe indicar que, para ello, la autoridad minera debe valorar que se acredite una mayor relevancia de la industria minera por sobre la actividad afectada.
- Al uso de agua que requiera el abastecimiento doméstico de su personal y para las propias operaciones de la concesión.
- Entre otras.

En adición a ello, el artículo 23 de la Ley Orgánica N° 26821, señala explícitamente que la **concesión permite el uso y disfrute del recurso otorgado**, así como la propiedad de lo extraído (1997).

Como se puede apreciar, el otorgamiento de **la concesión minera genera una serie de atribuciones a su titular y se constituye en un primer paso para el aprovechamiento de los recursos naturales** que le ha concedido el Estado.

Además, pese a que, para ejecutar trabajos de exploración y explotación, sea necesaria la obtención de diversas autorizaciones, con el propio otorgamiento de la concesión se genera lo que Elvis Salazar denomina como “Derecho de Aprovechamiento”, el cual tiene una eficacia erga omnes, es decir, es oponible a terceros (2014, p. 368).

Es así que, por ejemplo, el artículo 2 de la LGM indica que el cateo y la prospección no pueden efectuarse en áreas en las que concurren derechos mineros de terceros, razón por la cual, si se desea realizar dichas actividades, se requiere el permiso del titular de la concesión (1992).

Cabe indicar que, es relevante tener en consideración que el artículo 66 de la Constitución señala expresamente que la concesión “otorga a su titular un derecho real” (1993).

Por tanto, el derecho real, oponible e irrevocable, de aprovechamiento que surge tras el mero otorgamiento de la concesión minera, tiene un reconocimiento constitucional.

Consecuentemente, luego del otorgamiento de una concesión minera, en una misma área, pueden existir dos derechos en cuestión, el de aprovechamiento de los recursos naturales del Estado, propio del concesionario, y el de propiedad de la superficie. Cabe indicar que, si bien el objeto de ambos derechos es distinto, la incidencia de uno sobre otro es innegable.

5.2.3. La concesión minera como afectación directa

Siendo claro el hecho que el otorgamiento de la concesión minera en el Perú sí tiene implicancias jurídicas, es relevante compaginar si también implica una afectación directa a los derechos de los PITs. Para ello, resulta necesario diferenciar aquello que se entiende por esfera jurídica de las actividades *tangibles, visibles y palpables en el mundo físico*.

Contrario a la postura adoptada por el TC en el caso de la CCA, el presente informe postula que la equiparación de afectación directa con actividades reconocibles en el mundo físico es incorrecta.

Al respecto, en la STC 310/2023, materia de análisis, el TC adopta la “**postura de la equiparación**”, puesto que, pese a indicar que la concesión minera en el Perú es un acto constitutivo de derechos (fundamento 65), afirma que, es el inicio de actividades como la exploración o explotación de recursos las que sí constituyen una afectación a los derechos de los PITs (fundamento 67).

En ese entender, el TC asevera que, se entiende por “afectación” la evidencia razonable de una circunstancia que ponga en riesgo o genere cambios directamente relevantes sobre esferas que son el **cimiento de su existencia y cohesión** como PITs, por ejemplo, los casos de desplazamiento forzado (Tribunal Constitucional, Expediente N° 03326-2017-PA/TC, 2023, fundamento 70).

En base a lo desarrollado por el TC en el caso de la CCA, pareciese que este solo valora la necesidad de realizar un proceso de consulta respecto a supuestos ligados a la elemental protección de la subsistencia de los PITs, lo cual fundamenta no solo una consulta, sino la obtención de consentimiento (Salmon et al., 2012, p. 58).

No obstante, estos no son el único parámetro para evaluar en qué supuestos el Estado peruano debe consultar, sino que, la naturaleza del D.C.P no exige una implicancia grave ni palpable físicamente sobre la situación en la que se encuentran los PITs, sino solo una **afectación a los derechos** de los mismos.

En ese sentido, el otorgamiento de la concesión minera sí genera la necesidad de una consulta, pues, afecta la **esfera jurídica** de los PITs, lo cual se ve claramente reflejado, sin pretender ser limitativos, en sus derechos de propiedad y de libre determinación.

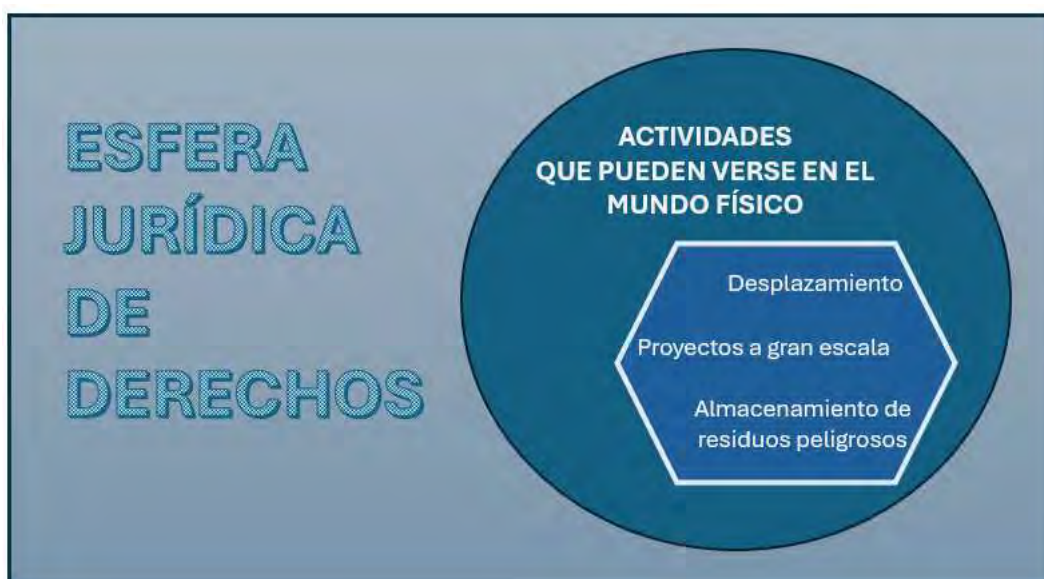


Figura N°01: Amplitud del concepto de afectación directa

En primer lugar, con relación al derecho de propiedad, este se encuentra tutelado por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), el cual, pese a que no alude literalmente a los PITs, lo cierto es que, conforme ya ha señalado la Corte IDH, este sí tutela el estrecho vínculo entre los PITs y sus territorios.

Asimismo, es relevante mencionar que el artículo 13.1 del Convenio 169 establece que los Estados deben honrar la conexión de los PITs con sus tierras, la misma que se encuentra altamente relacionada con su cultura y valores espirituales (1989).

En ese sentido, la Corte IDH ha sostenido que no existe solo una forma de definir el uso y disfrute, sino que, en el caso de los PITs, este lazo se caracteriza por no versar únicamente acerca de la posesión o producción de determinada área, sino que **implica un elemento material y espiritual fundamental en la cultura, integridad, supervivencia económica y legado** del pueblo (Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras, 2015).

Por ello, conforme lo señalado en el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, cuando en el territorio de los PITs se autoricen actividades que puedan afectar su valor, uso o

goce, como la concesión minera, debe efectuarse un proceso de consulta previa (Corte IDH, 2020).

Tal como se ha explicado anteriormente, el otorgamiento de la concesión minera en el Perú otorga un derecho real de aprovechamiento sobre los recursos naturales que, aunque se encuentran en el subsuelo, para poder disfrutarlos, se requiere realizar trabajos sobre la superficie¹. Como consecuencia, con la concesión se **brinda una finalidad minera al terreno superficial** que, en principio, es irrevocable y brinda herramientas al concesionario para que pueda tener acceso a dichos terrenos como, por ejemplo, el establecimiento de servidumbres.

En segundo lugar, en lo relativo al DLiD, si bien el Convenio 169 no ha realizado una mención expresa, la OIT ya ha precisado que (i) el convenio no limita su inclusión, (ii) sí estipula mecanismos con los que se concreta la libre determinación, por ejemplo, la consulta y la participación, y (iii) este razonamiento ya se refleja en la DNUPI (OIT, 2009, p. 26).

En ese entender, el artículo 7.1 del Convenio 169 precisa que, respecto a su desarrollo, los PITs tiene derecho a determinar sus prioridades en tanto este incida sobre sus vidas, territorios, creencias, entre otros (1989).

Adicionalmente, tanto la DNUPI (2007, artículo 3) como la DAPI (2016, artículo 3) reconocen explícitamente el DLiD y señalan que, en base a este, los PITs **definen su desarrollo cultural, social y económico**.

Bajo esta óptica, este derecho les brinda agencia a los PITs al momento de **elegir el ritmo de su propio desarrollo**, lo cual puede implicar tanto proponer iniciativas como oponerse a actividades que no son compatibles con sus

¹ Esto se ve reflejado claramente, por ejemplo, en el artículo 7 de la Ley N° 26505, el cual enuncia que, para el efectuar actividad minera es preciso lograr previamente un acuerdo con el propietario o que se establezca una servidumbre. Por ende, aunque la concesión no versa sobre el terreno superficial, su otorgamiento afecta el uso y disfrute del mismo.

aspiraciones como pueblo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 67).

Por ende, el hecho que el Estado Peruano haya optado por destinar el territorio de la CCA a la actividad minera, sin realizar consulta alguna, implica la imposición de un determinado modelo de desarrollo, lo cual menoscaba su libre determinación.

Ello toma especial relevancia al tener en cuenta que, la actividad minera genera diversas consecuencias como:

- (i) la modificación del paisaje,
- (ii) la degradación del suelo, ya sea por los trabajos de excavación para la extracción de los minerales o porque se utilizan ciertas áreas como vertederos (Lima, 2021, p. 41),
- (iii) el impacto en el aire, causado principalmente por las partículas originadas como, por ejemplo, el monóxido de carbono o el polvo respirable (Lima, 2021, p. 42),
- (iv) la contaminación acústica, debido a la maquinaria y transporte que se utiliza, los cuales pueden llegar hasta a afectar a los animales de la zona (Lima, 2021, p. 45),
- (v) la afectación del agua, pues, esta es utilizada para la exploración y la explotación de recursos minerales (Martínez, 2021). Asimismo, esta puede ser contaminada por las sustancias usadas para el procesamiento de minerales (Lima, 2021, p. 40),
- (vi) entre otras.

Como se puede apreciar, la elección de la minería como actividad económica, tiene consecuencias en la concepción de desarrollo que puedan tener los PITs, pues, además de los impactos ambientales, puede ser incompatible con otras actividades como la agricultura o la ganadería.

Teniendo en cuenta lo desarrollado tanto respecto al DLiD como el de propiedad, **se puede afirmar que, el mero otorgamiento de la concesión minera sí**

conlleva una afectación directa a los PITs, específicamente, en el plano jurídico de sus derechos.

En esa misma dirección, la Corte IDH ya ha destacado que, cuando tengan que evaluar planes de inversión o desarrollo, los Estados deben atender a lo expresado por los PITs, prestando especial atención a su particular vínculo con el territorio (Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingui Vs. Nicaragua, 2001).

En lo relativo al empleo de los términos “inversión o desarrollo”, en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, la Corte IDH ha especificado que refiere a toda acción que pueda comprometer las tierras o recursos de los PITs, como, por ejemplo, las concesiones mineras o madereras (2007).

Adicionalmente, en este mismo caso, la Corte IDH ha enfatizado la relevancia de que la **consulta se realice desde las primeras fases** del plan de inversión o desarrollo, pues, solo así el Estado puede **poner en conocimiento los posibles riesgos de las medidas y estos pueden ser debatidos** de forma interna por los PITs. En ese sentido, la Corte IDH detalla que el carácter “previo” de la consulta acarrea que los pueblos afectados sean involucrados en el proceso decisorio lo más pronto posible (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 2007).

Bajo esa concepción, cuando un proyecto pueda afectar el territorio u otro derecho de los PITs, es importante que el D.C.P se efectúe desde las primeras fases de la planificación, pues, solo así los PITs podrán tener una verdadera **capacidad de influencia** sobre el proceso de adopción de decisiones (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012).

Por último, es relevante recalcar que, de acuerdo con el artículo 32.2 de la DNUPI, el D.C.P debe efectivizarse especialmente cuando se encuentre en juego el **(i) desarrollo, (ii) utilización o (iii) explotación de recursos minerales** (2007).

5.3. Análisis del caso concreto

De lo expuesto por el TC en la STC 310/2023, se pueden desprender tanto aspectos positivos como negativos.

Para empezar, es beneficioso que el TC haya dejado claro que la CCA es considerado como PITs, ya que, cumple con los criterios objetivos y subjetivo (autoidentificación) conforme el Convenio 169 y la legislación peruana (artículo 7 de Ley D.C.P). Además, reconoce correctamente que el D.C.P goza de rango constitucional en el Perú.

No obstante, pese a desarrollar ampliamente los principios del D.C.P y aceptar que la concesión minera brinda un derecho de aprovechamiento que coloca su titular en una situación de ventaja, estima que el otorgamiento de la concesión no constituye una afectación directa a los derechos de los PITs.

Ello debido a que, tal como se explicó en el acápite anterior, el TC plasma en la Sentencia 310/2023 un concepto erróneo y tergiversado del D.C.P, pues, estima que la oportunidad de la consulta debe leerse en atención a la autorización del comienzo de actividades de exploración o explotación.

Cabe indicar que, en el fundamento 74, el TC pretende sustentar su postura en el artículo 15.2 del Convenio 169, sin embargo, este artículo no establece que la oportunidad para la consulta sea el acto administrativo inmediatamente anterior a la exploración o explotación, sino que, solo incide en la importancia de que la consulta deba realizarse antes de emprender dichas actividades. Además, si el artículo no fuese lo suficientemente claro, este debe leerse en consonancia a todo lo estipulado en el Convenio 169, siendo de especial atención el artículo 6 del mismo (1989).

En esa misma línea, de la revisión del fundamento 100, se aprecia que el TC realmente no comprende a cabalidad la naturaleza y alcance del D.C.P, debido a que, señala que es la “afectación directa” la que habilitaría la consulta (Expediente N° 03326-2017-PA/TC, 2023). Empero, como ya se ha

fundamentado, no es la afectación material el motivo por el cual se realiza la consulta, sino la **susceptibilidad**² de que exista esta afectación.

Adicionalmente, al momento de analizar la publicación de los petitorios mineros, indica que sí corresponde notificar a los PITs de las peticiones y, de ser correspondiente, el otorgamiento de concesiones dentro de su territorio.

De acuerdo con el fundamento 98 de la sentencia, para el TC, esta necesidad se explica porque se estima que los PITs **deben conocer, de forma plena, cualquier modificación a la situación jurídica de su territorio**, así como las posibles alteraciones que se puedan generar (Expediente N° 03326-2017-PA/TC, 2023).

Teniendo en cuenta lo argumentado en el TC en el caso de la CCA, se puede apreciar que existe una contradicción en el referido pronunciamiento. Por un lado, se establece que **no correspondía realizar un proceso de consulta** antes de que se otorguen las concesiones mineras, **ya que, este acto no afectaba los derechos de los PITs**. Sin embargo, por otro lado, el TC requiere que el Congreso incluya a los PITs en los procesos de publicidad de los petitorios y el otorgamiento de concesiones, pues, estos **son actos que modifican su situación jurídica**.

Sobre ello, es importante que el TC tenga en cuenta que, la modificación jurídica a la que se refiere es aquella que conforme el concepto del D.C.P, sus alcances y la jurisprudencia de la Corte IDH, se reconoce como una afectación directa.

Es así que, considerando el concepto de afectación directa a la luz de estándares internacionales, así como las propias contradicciones que realiza el TC, es evidente que **se ha vulnerado el D.C.P de la CCA**.

Por último, si bien considero positivo que el TC exhorte al Congreso a que legisle de tal manera que se notifique a los PITs de los petitorios y otorgamiento de

² Al respecto, el artículo 6 del Convenio 169 OIT es claro al utilizar la frase “susceptibles de afectarles”.

concesiones que les afecten, es importante recalcar que ello no puede servir de justificación para perpetuar la “postura de la equiparación”. Es decir, aún con esta legislación, la consulta debe realizarse antes de que se otorgue una concesión minera.

VI. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, a partir del análisis realizado en presente informe, se sostiene lo siguiente:

- A pesar de no encontrarse explícitamente estipulado, mediante una interpretación sistemática de la Constitución, se puede afirmar que la consulta previa, en el ordenamiento peruano, se esgrime como un derecho que posee rango constitucional.
- El D.C.P tiene una doble naturaleza. Por un lado, este es un derecho con características propias que pretende tutelar la voluntad de los PITs mediante la búsqueda del diálogo con fines conciliatorios. Por otro lado, puede argumentarse una naturaleza “instrumental”, ya que, este permite que los PITs puedan ejercitar plenamente otros derechos.
- Teniendo en cuenta el concepto y las características del D.C.P, este debe ser efectivo antes de que pueda existir afectación alguna a los derechos de los PITs. En ese sentido, el carácter previo debe permitir que los PITs sean verdaderamente incluidos en el proceso de discusión de una medida.
- En lo relativo a la concesión minera, su mero otorgamiento genera en el titular un derecho real de aprovechamiento sobre los recursos minerales concesionados. Este se identifica por ser, en principio, irrevocable y conlleva que se generen una serie de atribuciones en favor del concesionario.

- Sobre aquello que se entiende por afectación directa, este concepto no implica que la afectación alcance una determinada magnitud o que se concrete en una actividad tangible; sino que es suficiente con que la medida sea susceptible de afectar derechos de PITs.

A raíz de todo lo mencionado previamente, se sostiene que **el mero otorgamiento de concesiones mineras sí constituye una afectación directa** a los derechos de los PITs. Esta puede ser claramente visualizada respecto a los derechos de propiedad, pues afecta el uso y disfrute de la misma, y libre determinación, ya que, al brindar a su territorio una finalidad minera, se impone a los PITs un determinado modelo de desarrollo.

En ese sentido, en el caso materia de análisis, al no haberse realizado la consulta de forma previa al otorgamiento de las concesiones mineras, pese a que estas últimas afectan la esfera jurídica de derechos de la comunidad, se ha vulnerado el D.C.P de la CCA.

BIBLIOGRAFÍA

Abad, S. (1992). Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar. *THEMIS Revista De Derecho*, (21), 7-15.

Anaya, J (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. Naciones Unidas.

Anaya, J (2010, 07 de julio). *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la «Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo» aprobada por el Congreso de la República del Perú*. [Comunicado de prensa]

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina (2020, 06 de febrero) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras (2015, 8 de octubre) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingui Vs. Nicaragua (2001, 31 de agosto) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam (2007, 28 de noviembre) Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (2012, 27 de junio) Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009) *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Organización de los Estados Americanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021) *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*. Organización de los Estados Americanos.

Congreso de la República (1995, 18 de julio) *Ley N° 26505. Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas*. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República del Perú (1997, 26 de junio) *Ley Orgánica N° 26821. Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales*. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República del Perú (2009). *Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia*. Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los Pueblos Indígenas.

Congreso de la República del Perú (2011, 07 de septiembre) *Ley N° 29785. Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República del Perú (2021, 23 de julio) *Ley N° 31307. Nuevo Código Procesal Constitucional*. Diario Oficial El Peruano.

Constitución Política del Perú (1993). Congreso Constituyente Democrático.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre, 1969,

Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 27 de junio, 1989,

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 14 de junio, 2016.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 13 de septiembre, 2007.

Defensoría del Pueblo (2009). *Informe Defensorial N° 011-2009-DP/AMASPPI-PPI*.

Eguiguren, F. (2016). El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos. *Pensamiento constitucional*, 21(21), 61 - 80.

Expediente N° 014-2002-AI/TC (2002). *Sentencia*. Tribunal Constitucional.

Expediente N° 4587-2004-AA/TC (2005). *Sentencia*. Tribunal Constitucional.

Expediente N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC, acumulados (2006). *Sentencia*. Tribunal Constitucional.

Expediente N° 03343-2007-PA/TC (2009) *Sentencia*. Tribunal Constitucional.

Expediente N° 00022-2009-PI/TC (2010) *Sentencia*. Tribunal Constitucional.

Expediente N° 03066-2019-PA/TC (2022). *Sentencia*. Tribunal Constitucional.

Expediente N° 03326-2017-PA/TC (2023). *Sentencia*. Tribunal Constitucional.

Expediente N° 00151-2021-PA/TC (2023). *Sentencia*. Tribunal Constitucional.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2016). *El derecho a la consulta previa, libre e informada: Una mirada crítica desde los pueblos indígenas*.

Lima, G. (2021) Impactos causados por actividades mineras. *Ciencia & Futuro*, 11 (02), 36 - 51.

Martínez, P. (2021, 04 de septiembre) *La contaminación del agua en la minería*. Obela.

Ministerio de Cultura (2012, 03 de abril) *Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Cultura (s.f.) *Asacasi*. Base de datos de pueblos indígenas u originarios.

Ministerio de Energía y Minas (1992, 04 de junio) *Decreto Supremo N° 014-92-EM. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Energía y Minas (2011, 12 de mayo). *Decreto Supremo N° 023-2011-EM. Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas*. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Energía y Minas (2012, 06 de junio). *Decreto Supremo N° 020-2012-EM. Modificación del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo 018-92-EM, a fin de uniformizar criterios para la evaluación y otorgamiento de Autorización de Beneficio, Concesión de Beneficio e inicio de actividad de exploración y/o explotación, para la Minería Artesanal, Pequeña Minería, Mediana Minería y Gran Minería*. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Energía y Minas (2013, 13 de enero) *Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM-DM. Modifican Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Dirección General de Minería*. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Energía y Minas (2015, 5 de agosto). *Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM-DM. Modifican y actualizan el TUPA del Ministerio de Energía y Minas*. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Energía y Minas (2019, 19 de diciembre) *Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM. Precisan los casos de los procedimientos administrativos del subsector minero en los que corresponde realizar el proceso de Consulta Previa y modifican TUPA de la Dirección General de Minería*. Diario Oficial El Peruano.

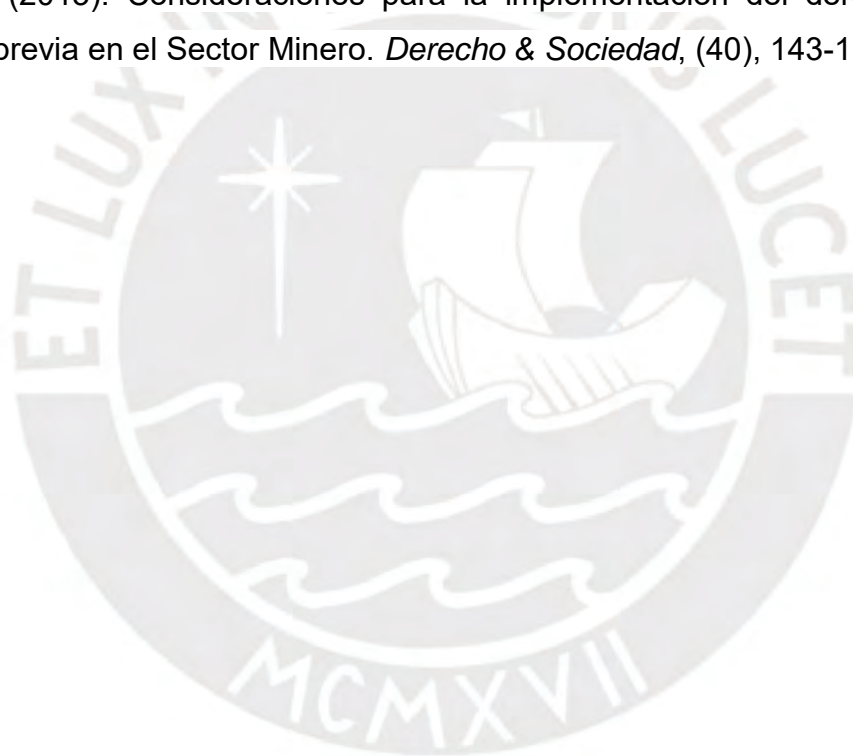
Organización Internacional del Trabajo (2009) *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT*.

Salazar, E. (2014). La concesión minera y el derecho de aprovechamiento. Buscando un equilibrio entre lo público y lo privado. *Derecho & Sociedad*, (42), 363-371.

Salazar, J (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *Foro Jurídico*, (08), 142-152.

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

Soto, M. (2013). Consideraciones para la implementación del derecho a la consulta previa en el Sector Minero. *Derecho & Sociedad*, (40), 143-158.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Firmado digitalmente por:
HAAS DEL CARPIO STEPHEN
YURI FIR 09672187 hard
Motivo: Doy fe
Fecha: 28/06/2023 08:18:13-0500

Firmado digitalmente por:
MORALES SARAVIA Francisco
Humberto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 26/06/2023 11:42:09-0500

Pleno. Sentencia 310/2023

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE
ASACASI REPRESENTADA POR
HIPÓLITO TARAPAQUI CUÑAS
(PRESIDENTE)

RAZÓN DE RELATORÍA

Firmado digitalmente por:
PACHECO ZERGA LUZ IMELDA
FIR 02860240 hard
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 26/06/2023 10:31:09-0500

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de junio de 2023, los magistrados Morales Saravia (con fundamento de voto), Pacheco Zerga (con fundamento de voto), Gutiérrez Ticse (con fundamento de voto), Domínguez Haro (con fundamento de voto), Monteagudo Valdez (con fundamento de voto) y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. **EXHORTAR** al Congreso de la República, para que, conforme a sus funciones, regule los alcances del derecho a la participación ciudadana de los pueblos indígenas u originarios en lo pertinente a la publicidad de los petitorios mineros como al otorgamiento de las concesiones mineras, de conformidad con su contenido constitucionalmente protegido, a tenor de lo dispuesto en la presente sentencia, y disponga su reglamentación al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Energía y Minas.
3. **EXHORTAR** al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Energía y Minas para que, en el marco de sus competencias y atribuciones, coordinen la reglamentación referida a garantizar la publicación culturalmente adecuada de las concesiones que incidan en el territorio de los pueblos originarios.
4. Disponer la publicación en el portal web institucional y en otros medios de un extracto de la presente sentencia, en los idiomas quechua, aimara y asháninca.

Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad.

Stephen Haas del Carpio
Secretario Relator (e)

SS.

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

Firmado digitalmente por:
GUTIERREZ TICSE Luis
Gustavo FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 26/06/2023 14:35:52-0500

Firmado digitalmente por:
OCHOA CARDICH Cesar
Augusto FIR 06626828 hard
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 23/06/2023 16:59:44-0500

Firmado digitalmente por:
MONTEAGUDO VALDEZ Manuel
FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 24/06/2023 01:44:22-0500

Firmado digitalmente por:
DOMINGUEZ HARO Helder FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 27/06/2023 17:26:41-0500



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de junio de 2023, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro y Monteagudo Valdez, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Comunidad Campesina de Asacasi, representada por don Hipólito Tarapaqui Cuñas, contra la resolución de folio 381, de fecha 21 de junio de 2017, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

El 11 de enero de 2016, don Hipólito Tarapaqui Cuñas, en representación de la Comunidad Campesina de Asacasi, interpone demanda de amparo contra el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet), el Ministerio de Energía y Minas (MEM) y la Dirección Regional de Energía y Minas de Apurímac (DREM de Apurímac)¹, por la sistemática omisión de realizar consultas previas, libres e informadas antes de la expedición de concesiones mineras en el área geográfica que forma parte del territorio ancestral de la comunidad campesina de Asacasi, descendiente del pueblo indígena andino quechua. Denuncia la vulneración de los derechos a la consulta previa, a la propiedad comunal y al territorio, a la libre determinación, así como de otros derechos contenidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Solicita lo siguiente:

- a) Que se declare la nulidad de los actos administrativos por los cuales se otorga concesiones mineras en el territorio de la Comunidad Campesina de Asacasi, sin haberse realizado la consulta previa, que asciende a 27 (veintisiete) concesiones mineras.
- b) Que se inaplique, en el presente caso, las normas que exoneran de la consulta previa con los pueblos indígenas en relación con las concesiones mineras otorgadas en sus

¹ Folio 186.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

territorios, en el ejercicio del control difuso, reconocido en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, y en ejercicio del control de convencionalidad. En particular: i) la inaplicación del artículo 3.i del Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa, aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-MC; ii) la inaplicación del Decreto Supremo 020-2012-EM “en la parte de las disposiciones complementarias y modificatorias”, y iii) la inaplicación de la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM, del 5 de agosto de 2015.

- c) Que se ordene al Ingemmet, al MEM y a la DREM del Gobierno Regional de Apurímac, realizar un proceso de consulta previa, libre e informada a los comuneros miembros de la Comunidad Campesina de Asacasi, a fin de obtener consentimiento para la eventual reexpedición de las concesiones mineras anuladas y para cada vez que se prevea la implementación de medidas vinculadas a la minería que puedan afectar o amenazar sus derechos.
- d) Que se inapliquen, en el presente caso, las normas que regulan la notificación de concesiones mineras a través del diario oficial *El Peruano*. En particular, solicita la inaplicación del artículo 122 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo 014-92-EM, pues esta norma no permite que la comunidad sea notificada de manera oportuna y culturalmente adecuada.

Manifiesta que las 27 concesiones mineras otorgadas sobreponen al 92.03 % del territorio de la comunidad demandante y que les suscita especial preocupación la concesión de la empresa Mightiam Cusco Resources SAC, cuyo personal ya ha ingresado en la comunidad para coordinar la realización de prospecciones. También alega que las concesiones mineras sí son susceptibles de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas, en tanto generan un derecho real a favor del concesionario sobre la superficie de las tierras de las comunidades indígenas, puesto que el peticionario solo puede ejercer su derecho sobre los minerales ubicados en el subsuelo y acceder a ellos a través del terreno superficial, que es territorio comunal. Por ello, la concesión minera otorga materialmente un derecho efectivo, mas no expectatio sobre el territorio comunal.

Asevera el recurrente que la concesión minera constituye un derecho que conlleva consecuencias jurídicas permanentes sobre los derechos preexistentes de la comunidad campesina de Asacasi, puesto que los propios actos administrativos de otorgar una concesión minera generan afectaciones, al crear un conflicto entre derechos mineros y derechos indígenas. Por ello, enfatiza la necesidad de efectuar el procedimiento de consulta previa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

Resoluciones de primera y segunda instancia o grado

Mediante Resolución 1, del 18 de enero de 2016², el Juzgado Mixto de Cotabambas de la Corte Superior de Justicia de Apurímac declara improcedente la demanda, por considerar que fue interpuesta fuera del plazo previsto en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional entonces vigente. Indica que las normas cuya inaplicación se solicita fueron publicadas entre los años 2012 y 2015, e incluso que el Decreto Supremo 014-92-EM data de 1992. Además de ello, afirma que existe una vía igualmente satisfactoria para el cuestionamiento de los actos administrativos y disposiciones legales invocadas, que es el proceso contencioso-administrativo, conforme al artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, entonces vigente.

A su turno, la Sala revisora, a través de la Resolución 8, de 21 de junio de 2017, confirma la resolución apelada, por fundamentos similares.

Auto admisorio del Tribunal Constitucional

Mediante auto del 18 de febrero de 2022, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional admite a trámite la demanda ante esta sede y otorga el plazo de 10 días hábiles para que el Ministerio de Energía y Minas, el presidente del Consejo Directivo del Ingemmet y el presidente del Gobierno Regional de Apurímac puedan ejercer su derecho de defensa (cuaderno del Tribunal Constitucional).

Contestaciones de la demanda

Del Ingemmet

Mediante escrito del 23 de marzo de 2022, el Ingemmet contesta la demanda alegando que, de conformidad con la sentencia recaída en el Expediente 03066-2019-PA/TC, el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución, ya sea de forma expresa o tácita, por lo que no cabe su protección mediante el proceso de amparo.

Respecto a la presunta amenaza cierta e inminente de la afectación de los derechos a la propiedad y a la consulta previa, aduce que el hecho de que exista un acto administrativo que otorgue una determinada concesión no implica la afectación de un derecho fundamental, toda vez que el Convenio 169, al tratar sobre los recursos naturales, contempla la consulta a los pueblos interesados en forma previa a la exploración o explotación de dichos recursos, pero no antes. Añade que el otorgamiento

² Folio 245.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

de una concesión no autoriza a realizar alguna actividad extractiva o minera que afecte algún derecho fundamental, debido a que, para iniciar la exploración y posterior explotación, el concesionario previamente debe gestionar su respectiva aprobación.

Con relación a la solicitud de inaplicación de la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM, el Reglamento de la Ley de Consulta, aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-MC, el Decreto Supremo 020-2012-EM y el artículo 122 del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo 014-92-EM, precisa que se ha superado ampliamente el plazo establecido para interponer la demanda de amparo. Y para impugnar las resoluciones administrativas cuestionadas debe recurrirse al proceso contencioso-administrativo. Asimismo, con fecha 22 de octubre de 2022 sostiene que de las 27 (veintisiete) concesiones cuestionadas se encuentran vigentes 7 (siete), por lo cual se ha producido la sustracción de la materia.

Del Ministerio de Energía y Minas (MEM)

Mediante escrito de 25 de marzo de 2022, el procurador público (e) del MEM, contesta la demanda expresando que la comunidad demandante no ha demostrado suficientemente pertenecer o identificarse con un pueblo indígena u originario, pues del Oficio 00035-2016-DGPI/VMI/MC, expedido por el Ministerio de Cultura el 24 de febrero de 2016, se desprende que a la fecha no se cuenta con el registro de la Comunidad Campesina de Asacasi como perteneciente a los pueblos andinos; asimismo, el Ingemmet, en el Informe 1252-2016-INGEMMET-DCM-UTN, al referirse a dicha comunidad, indica que no tiene información sobre el área geográfica que forma parte de su territorio.

También sostiene que el gobierno peruano solo reconoce como pueblos indígenas a algunos grupos aimaras ubicados en el sur del país y a las comunidades amazónicas de la selva y ceja de selva, y que las comunidades campesinas ubicadas en las zonas andinas, al igual que sus homólogas de la costa, no son consideradas indígenas y, por ende, no tienen derecho a la consulta previa. Afirma que el demandante no ha acreditado el inicio de algún programa de prospección o explotación de los recursos en los territorios materia de las concesiones cuestionadas, lo cual requiere, conforme lo establece el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 00022-2009-PI/TC, ser consultado a los pueblos interesados. Este razonamiento se mantiene en el artículo 6 del Reglamento de la Ley 29785, aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-MC. Manifiesta que de esta forma se reitera que la medida administrativa de otorgamiento de concesión minera no afecta derechos colectivos, pues no incide de manera directa sobre estos. Tanto es así que la demandante ha convivido con dichas concesiones por aproximadamente 14 años y no ha logrado precisar la manera en que el otorgamiento de las concesiones mineras la habría afectado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

Del Gobierno Regional de Apurímac

Mediante escrito de 28 de marzo de 2022, la procuradora pública del Gobierno Regional de Apurímac contesta la demanda. Sostiene que la exclusiva competencia de otorgar concesiones le corresponde al Ingemmet. Además, refiere que una concesión no faculta la realización de prospección y/o extracción de recursos, por lo cual no está sujeta al procedimiento de consulta previa. Agrega que las comunidades campesinas que tienen origen nativo sí tienen garantizada la realización de un proceso de consulta previa.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a cuestionar la sistemática omisión de realizar consultas previas, libres e informadas antes de la expedición de concesiones mineras en el área geográfica que forma parte del territorio ancestral de la comunidad campesina de Asacasi, descendiente del pueblo indígena andino quechua. Por lo mismo, se pretende que se dejen sin efecto los actos administrativos que otorgaron 27 (veintisiete) concesiones mineras sin realizar el procedimiento de consulta previa, y que se inapliquen diversas normas que exonerarían el procedimiento de consulta previa en el caso de las concesiones mineras. Se denuncia al respecto la vulneración de los derechos a la consulta previa, a la propiedad comunal y al territorio, así como de otros derechos contenidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Cuestiones procesales previas

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y en tanto se ha invocado como uno de los argumentos desestimatorios utilizados por la sede judicial, una presunta prescripción en la demanda interpuesta, conviene dejar establecido que tal aseveración resulta totalmente rebatible, pues lo que se reclama en el presente caso es en rigor una conducta violatoria consistente en una omisión, lo que en principio supone que la inconstitucionalidad, de ser cierta, tendría carácter permanente o continuada. En tales circunstancias, no es aplicable el plazo establecido en el artículo 44, primer párrafo del Código Procesal Constitucional vigente al momento de plantearse la demanda, sino las excepciones previstas en los incisos 3 y 5 del mismo dispositivo legal.
3. Por otra parte, tampoco es de recibo el argumento de que, en el presente caso, existiría una vía procedimental igualmente satisfactoria, dada la peculiaridad en los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

términos de lo que se reclama y el tipo de pretensión que se estaría invocando, básicamente consistente en una exigencia de que sea efectivizado o puesto en práctica el derecho a la consulta previa. En tales circunstancias, se hace plenamente legítimo el acudir a un proceso constitucional como el presente, antes que al proceso contencioso-administrativo, con lo cual este segundo argumento queda también descartado.

Cuestión sustantiva preliminar: La Constitución de 1993, un nuevo paradigma para la defensa del pluralismo y la diversidad cultural

4. A partir del periodo de la colonización española, América Latina -como parte de ella, el Perú- adoptó una ideología discriminadora con relación al origen étnico para legitimar una sociedad estratificada³.
5. En este contexto, las comunidades etnoculturales diferenciadas han venido siendo sometidas a la supremacía de la cultura dominante y se ha ido constituyendo una identidad social marginada bajo la idea de la dicotomía inferioridad-superioridad “natural”. En el siglo XIX la exclusión de las comunidades indígenas en la costa y en la sierra no significó sólo un despojo de la tierra y de otros derechos sino que configuró esa imagen, aún ahora vigente, de un tiempo congelado⁴. Esta marginación se prolonga, en gran medida, hasta nuestros días, pese al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y de las características específicas de la propiedad indígena en los textos constitucionales.
6. Cabe recordar que la Constitución de 1920, en su artículo 40, reconoció la existencia legal de las comunidades de indígenas y declaró sus bienes como imprescriptibles. En la Constitución de 1933 se dedicó el Título XI a las comunidades de indígenas. En el artículo 208 se reiteró el reconocimiento y la garantía de la integridad de la propiedad comunal, en tanto que en el artículo 209 esta se declaró como imprescriptible, inembargable e inenajenable, salvo expropiación por causa de utilidad pública. La Carta Fundamental de 1979 reiteró el reconocimiento de la existencia legal y la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas. También previó el carácter inembargable, inalienable e imprescriptible de las tierras de las comunidades. Se declaró que el Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas, y propicia la superación cultural de sus integrantes.

³ Quijano, Aníbal. *Vivir adentro y en contra. Colonialidad y descolonialidad del poder*, Universidad Ricardo Palma/Editorial Universitaria, Lima, 2022, pp. 160-161.

⁴ Nugent, Guillermo. *El laberinto de la choledad. Páginas para entender la desigualdad*, Taurus, Lima, 2021, p. 47-48.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

7. La Constitución de 1993, ha sido la primera dentro de nuestro constitucionalismo histórico en apostar por la tutela de la identidad cultural de los pueblos indígenas como derecho fundamental. Siguiendo a la Carta Fundamental de 1979, proclama su adhesión al Estado social de derecho en el artículo 43. Así, en el marco jurídico de la cláusula del Estado social, la igualdad jurídica deja de concebirse y aplicarse como igualdad formal y se le agrega el valor de la igualdad sustantiva o material (sentencia emitida en los Expedientes 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento 11).
8. En esa dirección de igualdad sustantiva debe entenderse el artículo 2 de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de la igualdad ante la ley. Así, el derecho fundamental de igualdad es una manifestación de la no discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Sin embargo, en el marco jurídico del Estado social de derecho, la igualdad no sólo se manifiesta en el carácter general de la ley o en la prohibición de la discriminación, sino que incluye el mandato de implementar políticas públicas afirmativas en protección de las minorías vulnerables o personas en condición de ostensible debilidad.
9. En esa dirección, este Tribunal coincide con la STC 2552-13 del Tribunal Constitucional de Chile, que considera que los pueblos indígenas forman parte de “grupos desventajados”, respecto de los cuales es válido que el legislador establezca mecanismos de afirmación positiva cuya finalidad es hacer efectiva la igualdad ante la ley, puesto que los ha considerado como grupo “socioeconómicamente vulnerable con la especificidad cultural que le es propia”.
10. Este Tribunal, en la Sentencia 00008-2003-AI/TC, *Caso Roberto Nesta Brero*, fundamento 15, ha destacado el principio de igualdad sustantiva y el fin social del Estado en su promoción. Así, entre los fines sociales del Estado constitucional se encuentra el de adoptar medidas especiales con la finalidad de revertir las condiciones de desigualdad o reducir los efectos de la desigualdad material que pudiera estarse manifestando en la realidad social.
11. La igualdad y la no discriminación incluye el derecho a la manifestación cultural. Siguiendo a Häberle, en la doctrina de la *Constitución Cultural*⁵, este Tribunal Constitucional, en la Sentencia 00042-2004-AI/TC, fundamento 1, ha afirmado que:

[...] El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, la Constitución de 1993

⁵ Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 34.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico'; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y las culturas originarios y ancestrales del Perú.

En esa medida, la Constitución reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88 de la Constitución); además, impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural (artículo 89 de la Constitución). Pero también debe reconocer la existencia de poblaciones afroperuanas y de otras tradicionalmente arraigadas en el Perú.

12. Así, el principio de igualdad incluye una dimensión cultural que, como lo anota la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia, prohíbe imponer formas de vida mayoritarias como las únicas válidas o como opciones prevalentes sobre la visión del mundo de los pueblos originarios⁶. Asimismo, este Tribunal ha desarrollado la dimensión de la igualdad como reconocimiento y no sometimiento (Sentencia 01272-2017-PA/TC, fundamento 14).
13. En esa dirección, la igualdad, así como la dignidad humana instituida en el artículo 1 de la Noma Suprema como fin supremo de la sociedad y del Estado, deben establecer las condiciones para garantizar el derecho fundamental de la persona humana a participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación (artículo 2, inciso 17 de la Constitución). Ese derecho implica la facultad de participar y exponer su conformidad o desacuerdo con relación a las medidas legislativas o administrativas, o proyectos cuya puesta en marcha atenta contra su existencia e identidad.
14. En este marco jurídico, el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural ha sido reconocido en el numeral 18 del artículo 2, que afirma el derecho de toda persona:

A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.
15. Asimismo, el artículo 89 de la Constitución declara que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.
16. El pluralismo cultural es reconocido y se tutela la riqueza lingüística de la nación, dado que siendo el castellano el idioma oficial, el artículo 48 prevé que son idiomas oficiales, en las zonas que predominen, el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-524 de 2014, Sala de revisión número uno, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

17. La Constitución, en el artículo 149, consagra la jurisdicción especial de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, dentro de su ámbito territorial. De este modo, el derecho consuetudinario al interior de estas comunidades, se basa en un sistema de valores y normas propias, pero dentro del límite del respeto y garantía de los derechos humanos. Se prevé que la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial.
18. Este Tribunal ha asumido que el multiculturalismo y el diálogo de culturas sustenta la unidad en la diversidad. Así, en la precitada sentencia emitida en el Expediente 00042-2004-AI/TC, fundamento 3, ha afirmado que:

Más aún, en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra -integrada por una cultura autóctona y originaria, y por una cultura mestiza o criolla-, es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo. De ahí que sea posible señalar que la multiculturalidad del Estado peruano, no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural. En efecto, se puede señalar que "la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasiestético de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias. Este último aspecto suele mencionar con relación a los pueblos indígenas, cuyos estilos de vida tradicionales proporcionan un modelo de relación sostenible con el entorno"⁷.

19. En suma, la Constitución de 1993 afirma el pluralismo y coexistencia de diversos pueblos en el territorio de la República, en el marco de una definición de Estado social y democrático de derecho, multicultural y pluriétnico, sustentado en los valores superiores de la dignidad humana y la igualdad de todas las personas que conviven en la nación.

Cuestión sustantiva preliminar: acerca de las comunidades campesinas y los pueblos originarios

20. Antes de analizar la controversia, este Tribunal considera pertinente referirse a la identificación de las comunidades campesinas como pueblos indígenas, tomando en cuenta que el procurador público (e) del Ministerio de Energía y Minas, ha sostenido que la parte demandante no ha demostrado suficientemente pertenecer o identificarse con un pueblo indígena u originario, pues, de la documentación

⁷ Kymlicka, Will, *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Labor, Madrid, 1977, p. 41.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

emitida por el Ministerio de Cultura y el Ingemmet⁸, no se cuenta con el registro de la Comunidad Campesina de Asacasi como perteneciente a los pueblos andinos, ni con información sobre el área geográfica que forma parte de su territorio.

21. Al respecto, conviene recordar que este Tribunal ha puntualizado⁹, con base en el artículo 89 de la Constitución, que cabe reconocer excepcionalmente existencia legal a las comunidades campesinas y nativas, sin necesidad de realizar una inscripción previa. Esto es así porque la inscripción es un acto administrativo declarativo, y no constitutivo, de dichas comunidades.
22. Otro aspecto para tener presente es que nuestra Constitución tampoco hace referencia al término “pueblos indígenas”, pero sí incorpora en su artículo 191 el término “pueblos originarios”. Es con el Convenio 169 de la OIT que se incorpora la nomenclatura jurídica de “pueblos indígenas”, utilizada prevalentemente en el derecho internacional de los derechos humanos. Incluso, tal como lo tiene indicado este Tribunal Constitucional, dicho tratado, de rango constitucional, entró en vigor el 2 febrero de 1995¹⁰.
23. Asimismo, se advierte que, en el caso peruano, tomando en consideración la normativa legal de desarrollo constitucional, son diversas las denominaciones en torno a la existencia jurídica de las comunidades campesinas y nativas, reconocidas así en la Constitución. Verbigracia, en el artículo 2, literal a) de la Ley 27811, Ley que establece el Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, publicada el 10 de agosto de 2002, se estableció que las comunidades campesinas y nativas eran pueblos indígenas u originarios. En el artículo 7 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley 29785 (“Ley de Consulta Previa”), publicada el 7 de setiembre de 2011, además de los mecanismos para llevar a cabo este procedimiento, se establecieron los criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios, y se precisó que las “comunidades campesinas o andinas” pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios. En ese sentido, desde setiembre de 2011, para la legislación nacional, las comunidades campesinas y nativas *pueden* ser consideradas pueblos indígenas u originarios.
24. Además, este cambio legislativo, con base en los criterios de identificación objetivos y subjetivos regulados en la Ley 29785, deja de lado una visión

⁸ Oficio 00035-2016-DGPI/VMI/MC, expedido por el Ministerio de Cultura el 24 de febrero de 2016 y 1252-2016-INGEMMET-DCM-UTN.

⁹ Fundamentos 22 y 23 de la sentencia emitida en el Expediente 04611-2007-PA/TC. Fundamentos 5 y 6 del auto emitido en el Expediente 00906-2009-PA/TC.

¹⁰ Fundamentos 20 y 23 de la sentencia emitida en el Expediente 00025-2009-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

paternalista del Estado para con las comunidades¹¹, al permitir que estas intervengan determinando si se identifican como un pueblo indígena u originario, o no.

25. Otro factor para tomar en cuenta es que el artículo 2 de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, reconoce en ellas vínculos ancestrales, culturales y territoriales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, por lo cual, si alguien alega que una determinada comunidad campesina no constituye un pueblo indígena u originario, pese a que detenta parcialmente criterios objetivos y se autoidentifica como tal, tiene la carga de probar lo afirmado.
26. En esa dirección, el Tribunal Constitucional afirma que la existencia de un pueblo indígena u originario no se deriva de un acto administrativo que formalice su constitución, sino de la primacía de la realidad; esto es, de la evidencia de su existencia.
27. Ahora bien, la identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, tal como manda la Ley 29785 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-M, es misión de la entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe consultarse¹², denominada entidad promotora.
28. Las entidades promotoras cuentan con un instrumento valioso de apoyo regulado en el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa, a saber, la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios. Dicha base de datos es accesible vía el portal electrónico <https://bdpi.cultura.gob.pe/>. No obstante, con base en lo indicado hasta aquí (es decir, que la inscripción es declarativa y que la existencia de un pueblo se deriva de la primacía de la realidad, o de las evidencias de su existencia o de cumplir con los criterios objetivos y subjetivos) la Base no contiene una lista cerrada o excluyente de los pueblos indígenas u originarios en nuestro país.

Marco jurídico del derecho fundamental a la consulta previa

29. Desde temprana jurisprudencia, el Tribunal Constitucional hizo hincapié en que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —el cual reconoce el derecho a la consulta previa— constituye fuente de derecho interno, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, y resulta obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales¹³.

¹¹ Sean comunidades campesinas andinas o costeñas o las comunidades nativas amazónicas.

¹² Artículo 7 del Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley 29785.

¹³ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-AA/TC, fundamento 31.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

30. La Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución de 1993 reconoce a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos como parámetro interpretativo sobre los derechos constitucionales, lo que los hace parte integrante del bloque de constitucionalidad.
31. Asimismo, en la sentencia emitida en los expedientes 00025-2005-AI/TC y 00026-2005-AI/TC fundamento 33, este Colegiado dejó sentado que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de rango constitucional, dado que los derechos que reconocen son de idéntico rango. (también cfr. sentencia emitida en los Expedientes 06316-2008-PA/TC y 05427-2009-PC/TC).
32. El derecho a la consulta previa ha sido posteriormente reforzado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, aprobada en el año 2007, y constituye un referente en el derecho internacional sobre el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.
33. De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Perú, en su artículo 27 declara que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.
34. Asimismo, el derecho fundamental de la consulta previa está directamente conexionado con el precitado derecho fundamental de toda persona, en forma individual o asociada, a participar en la vida económica y social de la Nación.
35. Como correlato de ello, este derecho fundamental fomenta la participación de los pueblos indígenas u originarios en el Estado y la sociedad, coopera en el fortalecimiento del Estado constitucional, democratiza la sociedad peruana y contribuye a revertir la exclusión histórica a la cual han estado sometidos, preservando su identidad y subsistencia digna¹⁴.
36. Mas aún, en el fundamento 31 de la sentencia emitida en el Expediente 03343-2007-PA/TC, *Caso Cordillera Escalera*, se reconoció la fuerza normativa del Convenio 169 de la OIT, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

¹⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 01717-2014-AC/TC, fundamento 25.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

37. La norma actualmente vigente es el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

38. La jurisprudencia de la Corte IDH en el *Caso del Pueblo Saramaka versus Surinam*¹⁵, afirma que la transgresión del derecho de consulta previa -que se manifestó en la omisión de medidas indispensables para hacer efectivo ese derecho- fue determinante para declarar que se había vulnerado el derecho de propiedad comunal. Así, el punto resolutivo 8 del fallo expresa que:

El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 146, 155, 158 y 194 (e) de esta Sentencia.

39. El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 00022-2009-PI/TC, *Caso Gonzalo Tuanama Tuanama*, ha delimitado el **contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta**¹⁶, y ha precisado lo siguiente:

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.

¹⁵ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

¹⁶ Fundamentos 37 y 38 de la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

40. Asimismo, se estableció que el único sujeto pasivo u obligado para con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta es el Estado¹⁷, quien no solo tiene el deber de garantizarlo –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 afectar directamente los derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas u originarios.
41. Actualmente, el derecho fundamental a la consulta está regulado por la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que a su vez está reglamentada mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC.
42. Sin perjuicio de ello, en la sentencia expedida en el Expediente 05427-2009-AC/TC, *Caso de la Asociación Interoceánica de Desarrollo de la Selva (Aideseq)*, este Tribunal aplicó la figura de la inconstitucionalidad por omisión y afirmó la pertinencia de su control por el juez constitucional (fundamentos 10 a 22). De esta forma, resolvió ordenar al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT. En el fundamento 41 precisó el objeto de esta reglamentación:

Establecida, por tanto, la obligación de la entidad de reglamentar el derecho a consulta en los términos previstos en el Convenio N° 169, resta finalmente precisar si el contenido de esta obligación es lo suficientemente claro y concreto en torno a la acción que la entidad demandada debe desplegar para dar cumplimiento a dicho deber, o si, por el contrario, tal deber es incierto o genérico. A consideración de este Tribunal, dicho aspecto no presenta mayor problema, pues resulta obvio que la acción demandada no es otra que la emisión del correspondiente reglamento que especifique concretamente los principios y el procedimiento aplicable al derecho de consulta previa, respetando los contenidos mínimos que establece el Convenio N° 169 de la OIT. Ello resulta aún más claro desde que el propio Convenio ha especificado como un ámbito especial donde debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta aquel donde los pueblos indígenas puedan verse afectados como consecuencia de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus tierras, ámbito de actuación que se encuentra bajo la competencia funcional del Ministerio de Energía y Minas demandado. Así, el artículo 15 del Convenio N° 169 ha establecido: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida,

¹⁷ Fundamento 42 de la sentencia emitida en el Expediente 00005-2012-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

Principios y caracteres definitorios del proceso de consulta

43. En tal sentido, el Estado debe 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 buena fe**¹⁸, que rige el proceso de consulta, como núcleo esencial, que ha sido definido por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

[...] El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o consultas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con el se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa; 2) la consulta en sentido estricto; 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas¹⁹.

44. Así, en algunas situaciones sí se requerirá del consentimiento previo de los pueblos indígenas para poder implementar medidas administrativas. Verbigracia, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta Previa (aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-MC), preceptúa que no “se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el *consentimiento* de los titulares de las mismas [...]”.
45. Por su parte, la Corte IDH ha desarrollado una jurisprudencia que afirma la necesidad de tutelar los derechos de los pueblos indígenas u originarios sobre sus territorios para garantizar su supervivencia étnica y cultural. En ese contexto, vulnerar el derecho a la consulta previa podría constituir un factor decisivo para verificar la vulneración del derecho al territorio. En especial, en lo concerniente a la consulta previa, la Corte IDH, en reciente jurisprudencia, ha reiterado, respecto a obras o actividades dentro del territorio indígena, que:

¹⁸ Artículo 6.2 del Convenio 169: 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.

¹⁹ Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

[E]l Estado por una parte debe observar los requisitos comunes a toda limitación al derecho de propiedad (...) y por otro parte debe cumplir “con las siguientes tres garantías”: en primer lugar, “asegurar la participación efectiva” de los pueblos o comunidades, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, deber que requiere que el Estado acepte y brinde información, y que implica una comunicación constante entre las partes. **Las consultas deben realizarse de buena fe**, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. En segundo lugar, debe “garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de[] territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto [...] ambiental”. En tercer lugar, debe garantizar que las comunidades indígenas “se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”²⁰ (resaltado agregado).

46. Este Tribunal ha desarrollado el **principio de flexibilidad**, previsto en el artículo 6 del Convenio 169, que prevé que las consultas deben hacerse efectivas de una “manera apropiada a las circunstancias”.
47. Así, ha determinado que la flexibilidad se materializa en la intensidad de la consulta, tanto mayor si se está en la etapa de explotación, que cuando se está en la etapa de exploración de recursos naturales por las industrias extractivas:

[S]i bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor 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 afectados²¹.

48. La jurisprudencia de este Tribunal ha entendido que el derecho fundamental a la consulta configura también un **diálogo intercultural**²², el cual se debe activar cada vez que una medida administrativa o, incluso, legislativa, sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Cabe aquí citar a la presidenta del Tribunal Constitucional de Chile, quien manifiesta que:

La consulta previa, como baremo de constitucionalidad a la luz del Convenio 169 busca habilitar la participación colectiva de los pueblos indígenas desde su especificidad, como un medio para la protección de sus derechos colectivos en contextos de diversidad cultural, lo que requiere espacios especiales de diálogo para hacer visibles los impactos que podrían no ser transparentes para la cultura dominante²³.

²⁰ Corte IDH. Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, párrafo 174.

²¹ Fundamento 32 de la sentencia emitida en el Expediente 00022-2009-AI/TC.

²² Fundamentos 14 al 18 de la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC.

²³ Yáñez Fuenzalida, Nancy. “Aplicación del pluralismo jurídico en la jurisdicción constitucional”. En:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

49. En esa dirección, ha sostenido que el diálogo intercultural tiene como finalidad la **coparticipación en el disfrute de la riqueza** obtenida por la actividad extractiva:

[...] La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados²⁴.

50. Con relación al principio de **transparencia**, que complementa al principio de buena fe, este Colegiado ha destacado la importancia de la traducción de la documentación relevante para su debida comprensión por los pueblos indígenas:

El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso concreto²⁵.

51. Asimismo, la jurisprudencia de este Colegiado ha sido enfática en sostener que **la consulta a los pueblos indígenas debe ser previa**, salvo ciertas excepciones que, en todo caso, deben ser sometidas a un control de constitucionalidad:

Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar

²⁴ Fundamento 33 de la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC.

²⁵ Fundamento 35 de la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan²⁶.

52. Por último, este Colegiado tiene en consideración que en el ámbito de las Naciones Unidas se ha adoptado un instrumento internacional -con la naturaleza de *soft law*- que recopila los estándares ya existentes en materia de derechos humanos aplicables a la conducta de las empresas. Se trata de los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, aprobados el 16 de junio de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Sus soportes son: (i) el deber del Estado de proteger frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros, incluidas las empresas, mediante la reglamentación de sus actividades y el sometimiento a la justicia; (ii) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que supone actuar con **la debida diligencia en derechos humanos** y reparar los impactos negativos de sus actividades; (iii) la necesidad de garantizar el acceso de las víctimas de los instrumentos judiciales y no judiciales de reparación.
53. Resulta pertinente en este aspecto citar a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia, que asume que el principio de la debida diligencia en derechos humanos sirve para determinar si las empresas que desarrollan industrias extractivas vulneraron el derecho fundamental a la consulta previa y si, en concordancia con el principio de proporcionalidad, “resulta procedente o no adoptar determinada medida frente a las actividades de exploración y explotación, teniendo en cuenta los valores constitucionales en tensión”²⁷.
54. Así, para este Colegiado, el estándar de la debida diligencia en derechos humanos es vinculante para las empresas privadas y la administración estatal, por cuanto complementa el principio de buena fe que caracteriza el cumplimiento del derecho fundamental de consulta previa.
55. Partiendo de la situación de hecho de que los pueblos originarios se encuentran en una situación de desventaja frente a los particulares, el Estado asume el deber de adoptar las medidas compensatorias indispensables para reforzar la posición de estos pueblos en los procesos de consulta para hacer efectivo el diálogo intercultural entre iguales, como subraya la Corte Constitucional de la República de Colombia, doctrina que este Tribunal comparte²⁸.

²⁶ Fundamento 36 de la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC.

²⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. Magistrados ponentes: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-123 de 2018. Magistrados ponentes: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

56. En ese marco, en tanto que el Estado es el sujeto pasivo de la realización de consulta previa y de que vela por su cumplimiento, le corresponde actuar frente a la afectación directa que puedan experimentar los pueblos originarios.

El régimen jurídico de la concesión minera desde la Constitución

57. Nuestro país goza de una posición privilegiada a nivel mundial por su potencial geológico para la explotación de los recursos mineros ubicados en la Cordillera de los Andes, siendo esta actividad extractiva hasta la actualidad la principal fuente de riqueza. Así, el círculo virtuoso del modelo de acumulación generó prosperidad que se desató gracias a la masiva inversión extranjera y nacional en la minería, a partir de inicios de la década de 1990, y que dio lugar a un aumento de las exportaciones, primero por su cantidad y, desde finales del año 2002, por el auge de los precios de nuestros principales *commodities*, especialmente de los minero-hidrocarburíferos²⁹.
58. Siguiendo el modelo primario exportador modernizado, los países andinos como el Perú se han especializado en la exportación de recursos naturales. En ese contexto económico, la mayor cantidad de reclamos referidos a la omisión de realizar consultas previas se produce respecto del otorgamiento de concesiones mineras. Ello nos compele a reflexionar sobre dicha medida administrativa y a recordar que la concesión, sea minera, forestal o de hidrocarburos, tiene una referencia expresa en la Constitución, lo cual refleja la importancia que el constituyente le ha otorgado a esta institución en el marco de una economía social de mercado, sistema económico constitucional consagrado en el artículo 58 de nuestra Norma Suprema.
59. La concesión minera, en tanto medida administrativa, tiene soporte constitucional en el artículo 66 de la Constitución, donde se consagra la regulación sobre los recursos naturales y su eventual concesión. Así, declara:

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.

60. Para este Tribunal no existe una antinomia en abstracto entre el derecho a la consulta previa y el precitado artículo 66, toda vez que la consulta previa no constituye un derecho de veto de las comunidades para bloquear decisiones de inversión de interés nacional, ni el Estado en el ejercicio de su soberanía sobre los recursos naturales está facultado para imponer arbitrariamente cualquier decisión;

²⁹ Schuldt, Jürgen. "Futurología de la economía peruana". En: Bruno Seminario, Cinthia Saborn y Nikolai Alva (eds.), *Cuando despertemos en el 2062. Visiones del Perú en 50 años*, Universidad del Pacífico, Lima, 2014, p. 105.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

lo que corresponde es una interpretación armónica de ambas cláusulas constitucionales.

61. Sobre las concesiones, la Constitución prescribe en el precitado artículo 66 que la concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a ley orgánica. Asimismo, el desarrollo normativo de este artículo se encuentra en la Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Esta regulación -en el marco del dominio público del Estado como soberano de los recursos mineros- garantiza la seguridad y estabilidad de los derechos mineros otorgados a privados. Particularmente en lo concerniente a este caso, prescribe lo siguiente:

Artículo 23.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorpóreos registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada.

La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo. (resaltado propio).

62. Asimismo, el artículo 10 del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo 014-92-EM, sostiene que:

Artículo 10.- La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia (subrayado propio).

63. Así, el derecho real reconocido por el régimen concesional es un derecho especial dentro del ámbito del derecho público, jurídicamente diferente al derecho civil, configurado por potestades, en el marco de la autonomía y especialidad del derecho minero y de sus instituciones³⁰.

64. Este Tribunal Constitucional no ha sido ajeno al desarrollo de los alcances de este instituto jurídico y ha tenido la oportunidad, en el *Caso de la Ley de Regalía Minera*, de desarrollar su naturaleza en los siguientes términos:

³⁰ Vildósola, Julio. *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*, Editorial Latina, Caracas, 1999, pp. 338-339.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

[S]e trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular³¹. La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público. La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables³².

65. Así, resulta meridianamente claro que la concesión es un acto constitutivo de derechos mediante el cual el Estado otorga a favor de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, una situación jurídica de poder o de ventaja sobre un determinado territorio, en donde pueden estar asentados pueblos indígenas u originarios (incluyendo las comunidades campesinas que sean titulares total o parcialmente de los criterios objetivos y se autoidentifiquen como pueblos indígenas u originarios), cuyos integrantes deberán soportar las cargas en el despliegue de las actividades que se genere.

La afectación directa por medidas administrativas y las concesiones

66. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el capítulo tercero de un reciente informe, en el cual incorpora las perspectivas y experiencias recogidas de los diálogos y reuniones con representantes de pueblos indígenas y tribales, así como de otros instrumentos internacionales y fuentes (“Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales”), ha identificado como obstáculos para el ejercicio del derecho a la consulta previa el que se excluya algunas materias como susceptibles de ser consultadas, tales como las siguientes: las medidas legislativas, los proyectos de infraestructura y las concesiones mineras³³ (esta última, objeto del reclamo de la parte recurrente).
67. Esta consideración nos obliga a reflexionar sobre el impacto que, en relación con el otorgamiento de concesiones mineras, podría generarse en los pueblos indígenas. Al respecto, resulta claro que en la normativa peruana la concesión no autoriza, inmediata o directamente, al inicio de actividades tales como la exploración o la

³¹ Tribunal Constitucional, sentencia expedida en el Expediente 00048-2004-AI/TC, fundamento 102.

³² Tribunal Constitucional, sentencia expedida en el Expediente 00048-2004-AI/TC, fundamento 108.

³³ CIDH. Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, aprobado por la CIDH el 28 de diciembre de 2021, párrafo 185.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

explotación, pues para ello se requiere, entre otras exigencias, de la previa aprobación de certificaciones ambientales o de estudios de impacto ambiental.

68. En la jurisprudencia colombiana se ha reseñado algunas situaciones en las que se afecta directamente a una comunidad étnicamente diferenciada por la expedición de actos administrativos de carácter particular; y proyectos, obras u actividades, fundamentados en un acto administrativo o incluso cuando no media tal voluntad por parte de la Administración. Así, se consideran actos de afectación directa las siguientes situaciones: (i) Se perturban sus estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales; (ii) Se impactan fuentes de sustento; (iii) Se imposibilita la realización de los oficios de los que se deriva su sustento; (iv) Se produce su reasentamiento en otro lugar distinto a su territorio; (v) Se realizan planes, políticas o proyectos que recaen sobre cualquiera de sus derechos como pueblos indígenas o tribales; (vi) Se imponen cargas o se les atribuyen beneficios que modifican su situación o posición jurídica; (vii) Se interfiere en los elementos definitorios de su identidad cultural³⁴.
69. Sobre las medidas de afectación directa, este Tribunal ha indicado que se refieren a “cambios relevantes y directos en la situación jurídica” de los pueblos indígenas u originarios³⁵. También se ha indicado que dicha afectación directa involucra “una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes”³⁶.
70. Por lo expuesto precedentemente, este Tribunal Constitucional no considera que la concesión es un acto administrativo que constituya en sí mismo un acto de afectación directa que *ope legis* deba ser consultada previamente. Así, a criterio de este Tribunal, la oportunidad de la consulta previa no se rige automáticamente, por ejemplo, por el estado del proyecto minero (concesión, exploración, explotación, ejecución y cierre), sino cuando se advierta que dicha medida administrativa constituye una **afectación directa** a los pueblos indígenas u originarios; es decir, cuando exista evidencia razonable de que se configura una situación que ponga en riesgo o que además de los impactos ambientales pudiese generar cambios relevantes y directos que produzcan modificaciones en su territorio, modo y estilo de vida, en sus esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, entre otras, que son la base de su cohesión y existencia social. Así, entre otros, son los casos de desplazamiento forzado de la población, situaciones de división de las comunidades y la fractura de su tejido social.

³⁴ Ministerio del Interior/Corte Constitucional de Colombia, *Evolución jurisprudencial de la consulta previa y su aplicación práctica en Colombia*, Bogotá D.C., Colombia, 2020, p. 85.

³⁵ Fundamento 19 de la sentencia recaída en el Expediente 0022-2009-PI/TC.

³⁶ Fundamento 55 de la sentencia recaída en el Expediente 0022-2009-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

71. En esa dirección, la Corte IDH ha asumido como indemnización por los daños a los pueblos indígenas la coparticipación en los beneficios: “[...] En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo de Saramaka”³⁷.
72. En este sentido, si bien la concesión deberá ser objeto de consulta previa, ello sucederá únicamente cuando se advierta que afecta directamente a un pueblo indígena u originario. Y es que resulta esencial, en aras de garantizar el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, también analizar, desde la Constitución, la publicación tanto de las peticiones de otorgamiento de concesiones mineras, como de las otorgadas dentro de territorio indígena. Este tema se ampliará líneas adelante.
73. En suma, es un mandato implícito de la Constitución armonizar el derecho a la consulta previa y el otorgamiento de las concesiones –ambas instituciones de relevancia constitucional–; asimismo, con base en los principios de interpretación desde la realidad y el rol pacificador que cumple este órgano colegiado, la armonización contribuye a que los proyectos mineros que surjan de dichas concesiones cuenten con la llamada “licencia social”, es decir, con el consentimiento y acompañamiento de quienes serán los directamente afectados.
74. Cabe recordar que el concepto de afectación jurídica guarda lógica relación con el artículo 15, párrafo 2 del Convenio 169 de la OIT, que estatuye la consulta previa en el específico caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas, la participación en los beneficios y hasta una indemnización equitativa por los daños ambientales, económicos, sociales y culturales derivados de las industrias extractivas:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección³⁸ o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir, una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (subrayado agregado).

³⁷ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam de 28 de noviembre de 2007, párrafo 140.

³⁸ Según el Diccionario de la Real Academia Española, *prospección* es: "Exploración del subsuelo basada en el examen de los caracteres del terreno y encaminada a descubrir yacimientos minerales, petrolíferos, aguas subterráneas, etc.".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

El concepto de territorio indígena

75. En la jurisprudencia de la Corte IDH se ha asumido un criterio integral de territorio indígena. En la sentencia Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafo 146, se conexiona este último con la supervivencia del pueblo indígena: Así, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

76. A mayor abundamiento, y de manera complementaria, la Corte IDH ha recalcado también lo siguiente:

[S]e busca “preservar, proteger y garantizar la relación especial” que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual, a su vez, garantiza su subsistencia. Si bien la Convención no puede interpretarse de modo que impida al Estado realizar, por sí o a través de terceros, proyectos y obras sobre el territorio, el impacto de los mismos no puede en ningún caso negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia³⁹.

77. Este Colegiado considera pertinente asumir que el concepto integral de territorio de los pueblos indígenas abarca no sólo las áreas tituladas a favor de una comunidad, sino también aquellas que fuera de estas integran el ámbito tradicional de sus actividades culturales, religiosas y económicas, pues en estas las comunidades pueden desarrollarse conforme a su derecho consuetudinario, religión o cultura.

La publicidad de las concesiones mineras en el Perú y el derecho a la participación ciudadana de los pueblos indígenas u originarios

78. Dentro de las etapas del procedimiento ordinario para las concesiones mineras que prescribía el Decreto Supremo 018-92-EM, Reglamento de procedimientos mineros, vigente al momento de la presentación de la demanda, se encontraba la de publicación y entrega de los avisos del petitorio minero (artículo 19). Dicho precepto disponía que:

³⁹ Corte IDH, Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, párrafo 175.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

Artículo 19.- Todos los petitorios de concesiones mineras deberán publicarse por una sola vez en el Diario Oficial “El Peruano” y en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la capital del departamento en donde se encuentre ubicada el área solicitada. En este último caso, de no existir diario, se fijarán avisos durante siete (7) días hábiles en la respectiva Oficina Registral Regional del Registro Público de Minería. Los petitorios de concesiones mineras ubicadas en el departamento de Lima se publicarán únicamente en el Diario Oficial “El Peruano”.

79. Cabe precisar que este reglamento de procedimientos fue derogado por el Decreto Supremo 020-2020-EM, publicado el 8 agosto de 2020, el cual mantiene un tenor similar en su artículo 33; y cuyo texto es el siguiente:

Artículo 33.- Publicación de avisos y notificación de advertencias

33.1 Todos los petitorios de concesiones mineras deben publicarse por una sola vez en el Diario Oficial “El Peruano” y en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la capital del departamento en donde se ubica el área solicitada. De ubicarse el petitorio en más de un departamento, la publicación debe realizarse sólo en el departamento donde está la mayor área del petitorio.

80. Por otro lado, el TUO de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo 014-92-EM, prescribe, en cuanto a los procedimientos ordinarios de concesiones mineras en donde se advierte la existencia de otros petitorios o concesiones mineras en parte de la misma cuadrícula, que:

Artículo 122.- Simultáneamente, el jefe de la Oficina de Concesiones Mineras entregará al nuevo peticionario avisos para su publicación, por una sola vez, dentro de los treinta días siguientes a su recepción, en el Diario Oficial “El Peruano” y en otro periódico de la capital de la provincia en que se encuentre el área solicitada. En este último caso, de no existir diario, se recurrirá a fijar avisos por siete días útiles en la Oficina Regional de Minería respectiva.

81. Como se aprecia, la normativa citada regula el aviso de la concesión en el diario oficial *El Peruano* y en un diario local, y si este no existiera, en la Oficina Regional de Minería. Pero, no prescribe la realización de comunicación alguna a los pueblos indígenas u originarios ante los petitorios de concesiones mineras en su territorio, a pesar de que su otorgamiento, en los términos antes desarrollados, sí puede potencialmente configurar una medida administrativa que dé lugar a la ejecución de proyectos, obras u actividades que los afecten directamente.

82. Siendo así, es claro que la incorporación de los pueblos indígenas u originarios al proceso de publicidad de los petitorios y de concesiones mineras otorgadas dentro de su territorio resulta indispensable. Esta inclusión responde a que los integrantes de los pueblos indígenas u originarios ostentan también, como todo ciudadano, el derecho a la participación ciudadana reconocido en el artículo 31 de nuestra Constitución por el cual se busca incidir en las decisiones públicas para alcanzar un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

objetivo preciso. Cabe indicar que la posición vulnerable de los pueblos indígenas en las sociedades explica la mayor protección que tienen para cambiar su condición de constituir un grupo tradicionalmente marginado.

83. Por el derecho a la participación ciudadana los pueblos indígenas u originarios tienen que ser comunicados cuando se presenta una petición minera, y con mayor motivo cuando se otorga una dentro de su territorio. Esta exigencia constitucional requiere de una modificación en la regulación nacional sobre concesiones mineras.
84. Al respecto, sobre la inclusión en el proceso de publicidad de los petitorios mineros y otorgamiento de estos dentro del territorio indígena, para que ella sea realizada conforme con la Constitución, a los derechos y al diálogo intercultural, debe respetar la diversidad lingüística, tal como prescribe nuestra Norma Fundamental. Ello quiere decir que la participación de los pueblos indígenas u originarios deberá realizarse en su lengua originaria, si es que tiene predominancia en la zona donde se ubica, según se encuentra prescrito en el artículo 48 de la Constitución, que reconoce una diversidad lingüística restringida.
85. Al respecto, este Tribunal Constitucional recuerda que se declaró un estado de cosas inconstitucional en relación con la falta de vigencia efectiva del derecho fundamental a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias, conforme al mandato contenido en el artículo 48 de la Constitución y la Ley de lenguas, su respectivo reglamento, y la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad⁴⁰.
86. En dicha oportunidad, el Tribunal identificó un derecho fundamental que se colige del artículo 48 de la Constitución, consistente en que todos los peruanos que hablen una lengua distinta al castellano (quechua, aimara u otra lengua aborigen), y que vivan en un lugar donde esta predomina, tienen la potestad de utilizarla y los órganos estatales respectivos el deber de institucionalizarla, en atención a que resulta oficial en dicha zona⁴¹.

Análisis del caso de autos

87. La Comunidad Campesina de Asacasi cuestiona, por un lado, un total de 27 concesiones mineras contenidas en resoluciones jefaturales suscritas por el director de la Oficina Jurídica del Ingemmet y en resoluciones directorales suscritas por el director de la Dirección Regional de Energía y Minas y, por otro, solicita la

⁴⁰ Tribunal Constitucional, sentencia expedida en el Expediente 00889-2017-AA/TC, punto resolutivo 5.

⁴¹ Tribunal Constitucional, sentencia expedida en el Expediente 00889-2017-AA/TC, fundamento 20.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

inaplicación de la normativa de otorgamiento de concesión minera, por no prescribir notificación de dicho otorgamiento a los pueblos indígenas.

88. De manera previa al análisis de lo requerido, este Tribunal considera necesario precisar que la comunidad demandante ostenta legitimidad activa para reclamar la lesión o amenaza al derecho a la consulta previa, toda vez que, de la revisión del portal del Ministerio de Cultura, se aprecia que la Comunidad Campesina de Asacasi pertenece al pueblo indígena quechua (R.D. 233-86-DR-XIX-A, Ficha 1128), ubicado en el distrito de Tambobamba, provincia de Cotabambas, departamento de Apurímac.
89. Señalado esto, respecto del primer extremo de lo pretendido, se aprecia que el cuestionamiento formulado por la parte recurrente comprende las 27 concesiones; no obstante, Ingemmet, con fecha 22 de octubre de 2022, informó que de las 27 (veintisiete) concesiones cuestionadas se encuentran vigentes solo 7 (siete). Por lo cual se ha producido la sustracción de la materia respecto de 20 (veinte) concesiones.
90. Con relación a las concesiones vigentes, si bien conforme prescribe el derecho de participación ciudadana, corresponde informar de la petición y de corresponder del otorgamiento de una concesión minera a los pueblos indígenas u originarios cuando se encuentre dentro de su territorio, también es cierto que, conforme a la Constitución política (artículos 2, inciso 17, y 32) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dada su naturaleza, se requiere de la configuración legal y reglamentaria. En otras palabras, no basta la sola regulación contenida en la Constitución –que prevé el desarrollo legislativo de algunos derechos– para que la Administración pública actúe, inmediatamente, sin contar con habilitación legal y reglamentaria para ello o al margen de la normativa vigente.
91. En efecto, una garantía propia del modelo de Estado constitucional que rige es que la Administración no pueda actuar de modo discrecional y menos aún arbitrario, sino que debe hacerlo siempre en el marco de lo legalmente previsto. Precisamente en esto consiste el principio de legalidad, mandato obligatorio para los diversos órganos del gobierno, en sus diversas instancias y niveles. Y si bien es cierto que, en un ordenamiento regido por el principio de supremacía constitucional, ni la ley, ni las cuestiones de mera legalidad, pueden estar por encima de la Constitución, también lo es que ello no significa que, sobre la base de aquellos mandatos constitucionales que requieren de desarrollo normativo, la Administración pública pueda actuar sin la existencia de un marco legal o reglamentario.
92. En el caso específico del derecho a la participación ciudadana en lo concerniente a la publicación de peticiones y otorgamiento de concesiones mineras, este Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

estima que resulta constitucionalmente necesaria la emisión de aquellas normas y reglamentos de desarrollo que permitan garantizar el ejercicio pleno y eficaz del referido derecho.

93. Siendo así, este órgano colegiado detecta que existe una omisión inconstitucional de tipo regulatorio, ausencia que potencialmente puede afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas u originarios cuando se trata de publicitar los petitorios de concesiones mineras y el otorgamiento de las mismas. Ahora bien, ante la ausencia de la referida regulación, este Tribunal no puede declarar que las entidades demandadas han incurrido en una vulneración *iusfundamental*, tomando en cuenta que se carece de la regulación correspondiente para actuar conforme lo requiere la parte demandante.
94. De lo anterior, queda claro entonces que las exigencias formuladas en este caso requieren de una previa intermediación legal y reglamentaria, las cuales, al no existir, no resultaban de aplicación al presente caso y no eran directamente exigibles a las entidades demandadas. Por lo tanto, respecto a las concesiones vigentes, la demanda deviene infundada.
95. En lo concerniente a la inaplicación de la normativa vigente sobre la publicidad de los petitorios mineros, así como sobre el otorgamiento de concesiones mineras, que actualmente no prevé comunicar o notificar sobre ellas, o sobre su pedido, a los pueblos indígenas u originarios, se verifica que esta pretensión también hace referencia a la mencionada tarea pendiente por parte del Estado, a nivel de legislación y reglamentación, por lo cual este extremo de la demanda también deviene infundada.
96. Asimismo, una cuestión también importante sobre este último punto, y que fue invocada por la defensa técnica en la audiencia pública, es la del respeto al mandato contenido en el artículo 48 de la Constitución, referido a la diversidad lingüística; sin embargo, en los actuados no se ha aportado mayores medios probatorios que permitan determinar la predominancia y, posteriormente, la oficialidad de la lengua quechua en la localidad en la que se encuentran ubicados. En tal sentido, dicho extremo también deviene en infundado.

Alcances adicionales de la sentencia

97. En atención a lo previamente expuesto, y sin perjuicio del sentido desestimatorio de la presente sentencia con base en lo indicado *supra*, este Tribunal Constitucional considera que, en efecto, a la luz del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la participación ciudadana aquí desarrollado, se ha detectado una omisión inconstitucional por parte de las autoridades responsables, en especial en lo que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

concierna a la ausencia de notificación o participación de los pueblos indígenas u originarios ante los petitorios y otorgamiento de concesiones, lo cual limita el cabal ejercicio de sus derechos, particularmente si se configurase una afectación directa, comunicación que debe darse en términos culturalmente adecuados.

98. Asimismo, este Tribunal considera que, en los casos en los que la concesión minera se decida respecto de territorios de los pueblos indígenas u originarios, con los que estos muchas veces tienen una especial relación, tal medida administrativa se les debe notificar con las solicitudes de otorgamiento de las concesiones, con la finalidad de que estén plenamente enterados de la modificación de la situación jurídica del suelo en que habitan y de los posibles cambios que eventualmente podrían generarse en el futuro.
99. De otro lado, atendiendo a la omisión detectada, este Tribunal considera necesario exhortar al Congreso de la República, así como al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Energía y Minas, para que, en el marco de sus competencias y atribuciones, legislen adecuadamente el contenido del derecho a la consulta previa y el de participación ciudadana, y coordinen su reglamentación, en especial con miras a garantizar la publicación culturalmente adecuada de las concesiones que incidan en el territorio de los pueblos indígenas u originarios.
100. En general, este Tribunal Constitucional tiene en cuenta que, llegado el momento, se podría conocer casos en los cuales, al no haberse llevado a cabo una consulta previa, libre e informada que resultaba constitucionalmente exigida dada la afectación directa que genera, se proponga como pretensión de que se declaren nulas las concesiones otorgadas o se paralice los proyectos, obras o actividades en marcha. Frente a ello, tomando en cuenta que el derecho a la consulta no implica un derecho a veto, pero que, al mismo tiempo, su ejercicio debe tender a alcanzar a un acuerdo, a través de un procedimiento culturalmente adecuado, que les asegure un beneficio razonable (cfr. Corte IDH. Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, párrafo 174); es necesario reflexionar sobre una salida constitucionalmente adecuada, que optimice o armonice en lo posible los bienes que puedan encontrarse comprometidos, o que mitigue las afectaciones directas que pudieran haber ocurrido (y que, precisamente, habilitan al derecho a la consulta).
101. Es más, en muchos casos seguramente sería imposible revertir el eventual impacto negativo que los proyectos pudieran haber generado en la vida de los pueblos, con lo cual, *prima facie*, correspondería declarar la improcedencia de la demanda, por haber operado la sustracción de la materia, aunque tal vez con un señalamiento simbólico en atención a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional (que establece que, en tales casos, puede



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

disponerse que “el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda”).

102. Sin embargo, este Tribunal considera que esta solución no constituye una tutela efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos originarios. Así, en los casos en los que por diversas razones, una comunidad haya padecido la afectación directa por efecto de la puesta en marcha de proyectos, obras o actividades, se deberá realizar una consulta *ex post* para determinar las medidas a adoptarse para reparar los daños generados, así como para establecer cursos de acción para la preservación y recuperación de los valores culturales de las comunidades.
103. Así considerado, y con base en el principio de previsión de consecuencias, y la función de integración social que cumple este Tribunal (sentencias recaídas en los expedientes 02566-2014-PA/TC, fundamento 19, y 03228-2012-PA/TC, fundamento 36), este Colegiado considera pertinente tomar en cuenta el grave impacto que la declaratoria automática de nulidad de las concesiones podrían generar tanto en términos económicos (ingresos al erario por exportaciones, inversiones nacionales y extranjeras), como sociales (afectaciones ocasionadas, conflictividad social) y jurídicos (estabilidad jurídica, incumplimiento y responsabilidad del Estado).
104. En este sentido, si bien la eficacia restitutoria del proceso de amparo conlleva ineludiblemente a reponer o restituir las cosas al estado anterior a la vulneración de un derecho constitucional, donde entran en juego diversos derechos y bienes constitucionales, y es posible que exista un estado de cosas irreversible, cabe dar una nueva lectura de los efectos de una sentencia, con el objetivo de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos, como podría ser el caso de diversas medidas de compensación en casos de afectación directa (como se definen en la presente sentencia) orientadas a lograr una tutela integral de los derechos que pudieran verse implicados, lo cual debería ser determinado en cada caso en concreto, dadas las particularidades de cada pueblo, así como el tipo o grado de vulneración.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. **EXHORTAR** al Congreso de la República, para que, conforme a sus funciones, regule los alcances del derecho a la participación ciudadana de los pueblos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

indígenas u originarios en lo pertinente a la publicidad de los petitorios mineros como al otorgamiento de las concesiones mineras, de conformidad con su contenido constitucionalmente protegido, a tenor de lo dispuesto en la presente sentencia, y disponga su reglamentación al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Energía y Minas.

3. **EXHORTAR** al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Energía y Minas para que, en el marco de sus competencias y atribuciones, coordinen la reglamentación referida a garantizar la publicación culturalmente adecuada de las concesiones que incidan en el territorio de los pueblos originarios.
4. Disponer la publicación en el portal web institucional y en otros medios de un extracto de la presente sentencia, en los idiomas quechua, aimara y asháninca.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

PONENTE OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

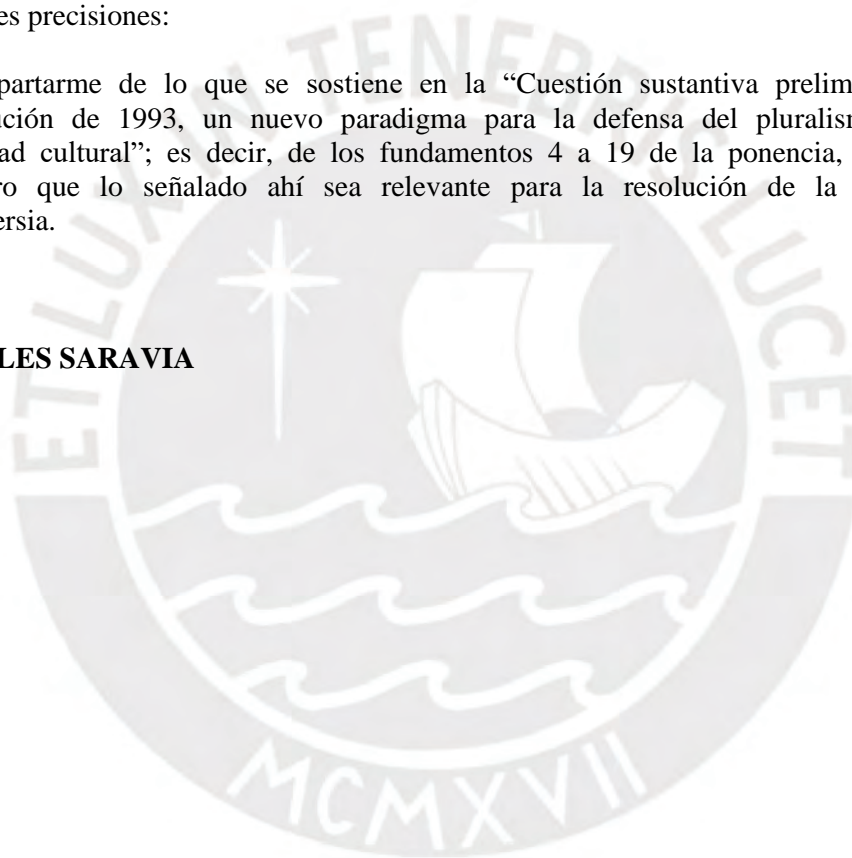
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MORALES SARA VIA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, si bien estoy de acuerdo con lo resuelto en la sentencia expedida en autos, estimo necesario hacer las siguientes precisiones:

Debo apartarme de lo que se sostiene en la “Cuestión sustantiva preliminar: La Constitución de 1993, un nuevo paradigma para la defensa del pluralismo y la diversidad cultural”; es decir, de los fundamentos 4 a 19 de la ponencia, pues no considero que lo señalado ahí sea relevante para la resolución de la presente controversia.

S.

MORALES SARA VIA





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto pues no suscribo los fundamentos 4, 5, 7, 70 a 73, 75 a 77, 81 a 84, 90, 92 a 93, 97 a 99 y 100 a 104 de la sentencia, ni tampoco el punto 2 de su parte resolutive, por las siguientes consideraciones.

Apartamiento de los fundamentos 4 y 5 de la sentencia

1. Los referidos fundamentos dicen lo siguiente:

“4. A partir del periodo de la colonización española, América Latina -como parte de ella el Perú- adoptó una ideología discriminadora con relación al origen étnico para legitimar una sociedad estratificada.

5. En este contexto, las comunidades etnoculturales diferenciadas han venido siendo sometidas a la supremacía de la cultura dominante y se ha ido constituyendo una identidad social marginada bajo la idea de la dicotomía inferioridad-superioridad “natural”. En el siglo XIX la exclusión de las comunidades indígenas en la costa y en la sierra no significó sólo un despojo de la tierra y de otros derechos sino que configuró esa imagen, aún ahora vigente, de un tiempo congelado. Esta marginación se prolonga, en gran medida, hasta nuestros días pese al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y de las características específicas de la propiedad indígena en los textos constitucionales”.

2. En primer término, considero que ambos fundamentos no resultan imprescindibles para la resolución del caso y, además, sus afirmaciones, altamente polémicas, son ajenas a una sentencia del Tribunal Constitucional. Una sentencia debe contener argumentos jurídicos que resuelvan controversias de esa naturaleza y no este tipo de afirmaciones, que deberían permanecer en el ámbito del debate histórico o sociológico sin que este Tribunal interfiera en ellas, tomando partido por una postura, por no ser su finalidad. Cuando la sentencia se adhiere a una de las posiciones considero que realiza algo impropio de su objetivo, estrictamente jurídico, que son la defensa de los derechos fundamentales y de la supremacía de la Constitución.

3. En concreto, la expresión “colonización española” que emplea la sentencia, resulta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

polémica, como lo pone en evidencia Roca Barea:

“El estatuto jurídico del Nuevo Mundo es el de la unión real con la corona de Castilla [...]. Quiere decir que, jurídicamente hablando, el Nuevo Mundo nunca fue colonia de España y que sus habitantes indígenas fueron tan súbditos de la Corona como lo eran los españoles peninsulares. De hecho, hasta el siglo XVIII no aparece en nuestros textos, por influencia francesa la palabra “colonia”. Simplemente porque América nunca fue una colonia y el término jamás se empleó en las leyes ni en la Administración imperial. Es un vocablo extranjero y un concepto extranjero que se crearon para aplicarse a una realidad completamente distinta a la América española. Ni en la época de los Reyes Católicos ni en los tiempos de los Habsburgo se habló de las Indias como colonias [...].

Los términos y expresiones que se usaban eran “los reinos de ultramar”, “reinos de Indias”, “aquellos y estos reinos”, “los reinos de acá y los de allá”, etcétera [...]. Las expresiones usadas para referirse al Nuevo Mundo demuestran que a las Indias se les deba idéntico rango que al reino de Castilla. Hasta tal punto esto es así que los reyes crearon un órgano de la misma importancia que el Gran Consejo de Castilla para América: el Real y Supremo Consejo de Indias. El uso de la palabra “colonia” que los franceses usaban para referirse a los territorios de ultramar implica estatutos jurídicos diferenciados con respecto a la Francia europea y la conciencia política de que Francia y sus regiones ultramarinas eran realidades completamente distintas. Este expansionismo se basa en la diferencia entre colonia y metrópoli, y es totalmente diferente del español, que es imperial, no colonial. El imperio se distingue del colonialismo y otras formas de expansión territorial porque avanza replicándose a sí mismo e integrando territorios y poblaciones. El colonialismo en cambio no [...]. Es incompresible que los profesionales de la historia usen la palabra “colonia” en contextos que en modo alguno pueden admitirla”⁴².

4. Una prueba de lo que se viene de citar es que la Constitución española de 1812 no habló de “colonias” sino del “Territorio de las Españas” (Título II), donde se cuenta al Perú como territorio español (no como colonia) en la América Meridional,

⁴² Roca Barea, María Elvira. Imperiofobia y leyenda negra. Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio español. Madrid: Siruela, 2018, pp. 296 y 297.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

conforme lo expresa su artículo 10:

“El **territorio español** comprende en la Península con sus posesiones e islas adyacentes: Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las Islas Baleares y las Canarias con las demás posesiones de África. En la América septentrional: Nueva España con la Nueva-Galicia y península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar. En la **América meridional**, la Nueva Granada, Venezuela, **el Perú**, Chile, provincias del Río de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las islas Filipinas, y las que dependen de su gobierno” (énfasis añadido).

5. Asimismo, dicha Constitución consideraba españoles a los nacidos en “los dominios de España”⁴³ en general, sin distinción alguna.
6. Respecto a la afirmación de la sentencia de que la “colonización española” “adoptó una ideología discriminadora con relación al origen étnico para legitimar una sociedad estratificada”, resulta también ampliamente debatible. Si bien la sociedad virreinal fue estratificada, este rasgo no es exclusivo de dicho período, tal como lo indica Rostworowski:

“Antes de la expansión inca, el territorio andino se dividía en macroetnias [...]. La jurisdicción de la tierra variaba según su poderío y **sus componentes étnicos** [...]. El modelo sociopolítico del ámbito andino se presentaba como un mosaico de diversos caciques agrupados bajo la hegemonía de jefes mayores [...].”⁴⁴

“En los inicios del grupo inca...La más alta jerarquía la formaban las dieciséis panacas, **de entre cuyos miembros** se elegía a los gobernantes cusqueños [...].”⁴⁵

⁴³ Artículo 5.

⁴⁴ Rostworowski Diez Canseco, María. Historia del Tahuantinsuyo. Lima: IEP, 2019 p. 195.

⁴⁵ Ibid., p. 197.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

“Los *mitmaq* fueron grupos más o menos numerosos enviados, junto con sus familias y sus propios jefes **étnicos** subalternos de sus lugares de origen a otras regiones para que cumplan tareas o misiones específicas. A pesar de alejarse de sus pueblos de procedencia, mantenían sus vínculos de reciprocidad y de parentesco que los unía a sus centros nativos”⁴⁶.

“El Estado inca no creó sentimientos de unión entre las macroetnias, ni llegó a integrar a la población del Tahuantinsuyu debido a que persistió el arraigo local, y prevaleció una conciencia regionalista” (énfasis añadido)⁴⁷.

7. Respecto al estatuto jurídico de los indígenas se puede citar lo siguiente:

“Las injusticias y atropellos cometidos por los españoles con los indígenas fueron graves en muchas ocasiones hasta la mitad del siglo XVI, para desaparecer rápidamente a partir de entonces gracias al papel que desempeñaron los funcionarios reales, los eclesiásticos y, sobre todo, las leyes [...]”⁴⁸.

“En España, el debate sobre los indígenas estaba polarizado [...] como resultado de las deliberaciones...el emperador firmó y promulgó en 1542 las llamadas Leyes Nuevas. En ellas se establecía la completa humanidad de los indígenas”⁴⁹.

“[...] el mestizaje en América como rito de guerra y paz: la entrega de mujeres en unas sociedades indias donde la mujer era, con frecuencia, una mercancía. Y los españoles, al aplicar el criterio cristiano que confería igual dignidad a todo bautizado, lo convirtieron en germen de una sociedad nueva, donde había diferencias de posición y de fortuna, pero no de raza. Al contrario que los ingleses y franceses, los españoles se mezclaron. Con ello, indios y españoles crearon un mundo que ya no era indio, pero tampoco era solo español”⁵⁰.

⁴⁶ Ibid., p. 238.

⁴⁷ Ibid., p. 250.

⁴⁸ Enkvist, Inger y Vicente Ribes Iborra. La Conquista de América. España y el Nuevo Mundo (1492-1580). Madrid: Ediciones Cátedra, 2021, p. 115.

⁴⁹ Ibid., p. 116.

⁵⁰ Esparza, José Javier. La cruzada del océano. Madrid: La Esfera de los Libros, 2015, p. 610.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

8. Un ejemplo concreto de integración en el mundo virreinal es el de José Gabriel Condorcanqui, Túpac Amaru II:

“Como kuraka, José Gabriel mantenía derechos sobre la tierra. También tenía pequeños intereses mineros y campos de coca en Carabaya, al sur, y poseía varias casas y una pequeña hacienda”⁵¹.

9. Las citas que anteceden no pretenden negar los abusos cometidos contra la población indígena, sino solo poner en relieve el discutible uso de algunos conceptos y que la estratificación social no nació en el virreinato, pues ya existía desde tiempos prehispánicos. Además, considero fundamental remarcar la cultura de mestizaje que caracterizó –y caracteriza– la vida nacional, al punto de diluir las diferencias entre estratos e implicar un enriquecimiento cultural, aunque siempre haya gente que no aprecie la igual dignidad de las personas.

Apartamiento del fundamento 7 de la sentencia

10. Me aparto del fundamento 7 de la sentencia, en el extremo que señala que la Constitución de 1993 es la primera, dentro de nuestro constitucionalismo histórico, en apostar por la tutela de la identidad cultural de los pueblos indígenas como derecho fundamental, por las siguientes razones.
11. Ya el artículo 161 de la Constitución de 1979, además de reconocer personería jurídica a las comunidades campesinas y nativas, **fijaba el deber estatal respetar y proteger las tradiciones de dichas comunidades.**
12. Si bien la Constitución de 1979 no aludía expresamente a los pueblos indígenas u originarios, el artículo 2 de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, publicado el 14 de abril de 1987, durante la vigencia de la Constitución de 1979, establece que las comunidades campesinas son organizaciones integradas por “familias que habitan y controlan determinados territorios ligados a vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra [...]”.
13. Nótese cómo esta definición legal, anterior a la Carta de 1993, en esencia, encaja con la noción de “pueblos indígenas u originarios” contenida en el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785, que regulan la consulta previa.
14. También se debe tener presente que, conforme al artículo 7 de la Ley 29785, las

⁵¹ Walker, Charles. La rebelión de Túpac Amaru. Lima: IEP, 2015, pp. 35 y 36.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

comunidades campesinas y nativas *pueden* ser consideradas pueblos indígenas u originarios.

15. Siendo así, puede colegirse que, en rigor, la Constitución de 1979 ya contenía una cláusula que reconocía la identidad cultural de los pueblos indígenas bajo la denominación de “comunidades campesinas y nativas”.

Apartamiento de los fundamentos 70 a 73 de la sentencia

16. No suscribo los fundamentos 70 a 73 de la sentencia, pues considero que en ellos se encierra una contradicción. En efecto, su fundamento 74 dice, acertadamente, que el artículo 15, inciso 2, del Convenio 169 de la OIT establece la consulta previa en el específico caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas, mas no en el momento de la concesión.
17. Sin embargo, en sus fundamentos 70 a 73, la sentencia señala que dicha disposición convencional puede encontrar una excepción y exigirse la consulta antes del otorgamiento de la concesión en caso de “afectación directa” a un pueblo indígena u originario.
18. Empero, la sentencia no sustenta cómo la concesión, que “es un acto administrativo” tal como se indica en el fundamento 70, puede por sí misma involucrar una afectación directa a un pueblo originario, como el “desplazamiento forzado de la población y situaciones de división de las comunidades y la fractura de su tejido social”⁵².
19. En mi opinión, la sentencia va más allá de las obligaciones que dimanen del Convenio 169 de la OIT –que no prevé la consulta para el otorgamiento de la concesión– y crea una excepción oscura e imprecisa, desbordando las obligaciones internacionales del Estado peruano y en detrimento de la seguridad jurídica.

Apartamiento de los fundamentos 75 a 77 de la sentencia

20. No suscribo los fundamentos 75 a 77 de la sentencia, que abordan el tema de la noción de territorio para los pueblos indígenas u originarios, por no ser necesarios para resolver el presente caso y poder prestarse a una interpretación equívoca de sus alcances.

⁵² Fundamento 70 de la sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

Apartamiento de los fundamentos 81 a 84, 90, 92 a 93 y 97 a 99 de la sentencia y del punto 2 de su parte resolutive

21. La sentencia recuerda que, conforme a ley, los petitorios de concesiones mineras deben publicarse en el diario oficial “El Peruano” y en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la capital del departamento en donde se ubica el área solicitada; y, de ser el caso, en otro periódico de la capital de la provincia en que se encuentre el área solicitada (en este último supuesto, de no existir diario, se recurrirá a fijar avisos por siete días útiles en la Oficina Regional de Minería respectiva)⁵³.
22. En adición a ello, la sentencia, en sus fundamentos 81 a 84, crea la obligación de que los petitorios de concesiones mineras se comuniquen o notifiquen a los pueblos indígenas u originarios de la zona, en castellano y en su lengua aborigen si es la predominante en lugar, para lo cual, en el punto 2 de su parte resolutive, exhorta al Congreso de la República a modificar la ley en tal sentido. Así lo dice también en su fundamento 98: “se les debe notificar con las solicitudes de otorgamiento de las concesiones”.
23. La sentencia sustenta la creación de esta obligación en el artículo 31 de la Constitución que reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Sin embargo, este artículo circunscribe tal derecho específicamente a lo siguiente (en concordancia con el artículo 2, inciso 17, de la Constitución):
 1. Participar mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas;
 2. Ser elegidos y elegir libremente representantes; y
 3. Participar en el gobierno municipal de la jurisdicción.
24. Como puede apreciarse, las formas de participación en asuntos públicos que reconoce la Constitución son muy concretas y nada tienen que ver con la comunicación que crea la sentencia o con alguna consecuencia que se derive de dicha notificación. La Constitución no reconoce un derecho abstracto y general a participar en asuntos públicos, sino que lo circunscribe a modos específicos de participación totalmente ajenos a lo que pretende la sentencia al crear la notificación a los pueblos indígenas de los petitorios de concesiones mineras.

⁵³ Cfr. fundamentos 79 y 80 de la sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

25. No obstante la ausencia de sustento constitucional, la sentencia afirma que esta comunicación “resulta indispensable”⁵⁴ y “constitucionalmente necesaria”⁵⁵, por lo que “existe una omisión inconstitucional de tipo regulatorio”⁵⁶ por no estar prevista en la ley.
26. Por estas consideraciones, al carecer de respaldo constitucional la obligación de comunicar o notificar a los pueblos indígenas u originarios los petitorios de concesiones mineras, no suscribo los fundamentos 81 a 84, 90, 92 a 93 y 97 a 99 de la sentencia y, consecuentemente, tampoco su punto resolutivo 2. Cuestión distinta es la conveniencia de realizar esas traducciones para facilitar el diálogo social.

Apartamiento de los fundamentos 100 a 104

27. No suscribo los fundamentos 100 a 104 de la sentencia, pues en ellos se adelanta cómo la justicia constitucional deberá resolverse eventuales demanda frente a casos donde no se ha realizado una consulta previa que pudiera resultar exigible. Así, se dice que en tales supuestos “se deberá realizar una consulta *ex post* para determinar las medidas a adoptarse para reparar los daños generados, así como para establecer cursos de acción para la preservación y recuperación de los valores culturales de las comunidades”⁵⁷.
28. La sentencia, al establecer esta fórmula de respuesta general, parece no tener en cuenta las peculiaridades que puede presentar cada caso concreto y la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional⁵⁸.

Otras consideraciones

29. De lo expuesto en la demanda, se deduce que lo que se pretende es que se deje sin efecto diferentes actos administrativos que otorgan concesiones mineras en sus territorios, por no haberse realizado previamente el procedimiento de consulta con la comunidad demandante, de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). También se pide la inaplicación de diversas normas que no obligarían a realizar el procedimiento de consulta previa cuando se

⁵⁴ Fundamento 82.

⁵⁵ Fundamento 92.

⁵⁶ Fundamento 93. La sentencia repite esto en su fundamento 97: “se ha detectado una omisión inconstitucional por parte de las autoridades responsables, en especial, en lo que concierne a la ausencia de notificación o participación de los pueblos indígenas u originarios ante los petitorios y otorgamiento de concesiones, lo cual limita el cabal ejercicio de sus derechos [...]”.

⁵⁷ Fundamento 102.

⁵⁸ Cfr. artículo 139, inciso 2, de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

otorgan las concesiones mineras.

30. Entonces, la cuestión a determinar es si procede o no que se consulte a la comunidad campesina de Asacasi, el otorgamiento de concesiones mineras que se sobrepone a sus territorios. Para ello debe analizarse la normativa que establece la condición de hecho que permite invocar el derecho a la consulta.
31. Coincido con lo señalado en la sentencia en el sentido de que la demanda es infundada porque “resulta claro que en la normativa peruana la concesión no autoriza, inmediata o directamente, al inicio de actividades tales como la exploración o la explotación, pues para ello se requiere, entre otras exigencias, de la previa aprobación de certificaciones ambientales o de estudios de impacto ambiental”⁵⁹.
32. Sin perjuicio de ello, estimo necesario añadir al análisis que se hace en la sentencia sobre el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a la Ley 29785 y su reglamento, las siguientes normas y actos administrativos:
 - Artículo 7 de la Ley 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, modificado por la Ley 26570, en el que se señala que “La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley”.
 - Conforme al artículo 9 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería aprobado por el Decreto Supremo 014-92-EM, “la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada”.
 - De acuerdo con el artículo 37, inciso 3, del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo 020-2020-EM⁶⁰, el título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, pues el concesionario debe realizar una serie de

⁵⁹ Fundamento 67 de la sentencia.

⁶⁰ Cuando se presentó la demanda estaba vigente el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo 018-92-EM, cuyo artículo 23, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 059-2008-EM, contenía una precisión similar en el sentido de que el título de concesión no autoriza por sí mismo la realización de las actividades mineras de exploración y explotación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

procedimientos administrativos (que describe la norma) para obtener las autorizaciones y permisos correspondientes.

- Según el artículo 3, concordado con el artículo 2, de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, no podrá iniciarse la ejecución de proyectos que impliquen actividades que puedan generar impactos ambientales significativos negativos, si no se cuenta previamente con la certificación ambiental contenida en la resolución emitida por la autoridad competente.
- En las resoluciones de presidencia del Ingemmet, cuestionadas por la actora, se explicita, en cada parte resolutive que la concesión minera no faculta el inicio de la actividad de exploración o explotación de los recursos minerales, precisando que para el desarrollo de tales actividades se deberán realizar una serie de procedimientos administrativos (que se especifican), a fin de obtener las autorizaciones correspondientes.
- Estas resoluciones de la presidencia del Ingemmet son actos administrativos que contienen el título habilitante de las concesiones ahí descritas. A estos títulos se alude en el artículo 23 de la Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y define el régimen jurídico de las concesiones, cuando señala que la concesión otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, **en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.**

33. Las referencias normativas y actos administrativos citados en el párrafo anterior, abonan en la tesis que, conforme al ordenamiento jurídico nacional, el otorgamiento de concesiones mineras no implica, *per se*, labores de exploración ni explotación. Consecuentemente, no opera la exigencia de efectuar consulta previa antes del otorgamiento de una concesión minera.

S.

PACHECO ZERGA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Sin perjuicio de suscribir la presente ponencia, que configura un avance en el reconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa, debo precisar que, en mi opinión, desde el momento que se realiza una concesión se constituye la afectación directa a los derechos pueblos indígenas, razón por la cual considero necesario expresar lo siguiente:

I. Cuestiones procesales previas

1.1. No existe una vía igualmente satisfactoria

1. Uno de los principales cuestionamientos formulados por las entidades emplazadas se encuentra referido a la improcedencia de la demanda, pues el proceso contencioso administrativo resulta una vía igualmente satisfactoria. De conformidad con el fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC (precedente *Elgo Ríos*), para determinar la existencia de una vía igualmente satisfactoria se debe cumplir con los siguientes requisitos:

Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
- Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

2. Respecto a la tutela de urgencia, también debe tomarse en cuenta que, en el fundamento jurídico 3 de la sentencia recaída en el Expediente 01387-2009-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente lo siguiente:

En igual sentido, el proceso de amparo **procede cuando se pretenda evitar que la agresión o amenaza se convierta en irreparable, a pesar de que existan otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias.** En este supuesto, la urgencia de tutela tiene que ser valorada por el juez en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada o amenazada con la acción u omisión.

3. Sobre el caso de las comunidades campesinas y nativas, el Tribunal Constitucional ha precisado en el fundamento 12 de la RTC 00906-2009-PA/TC, que son un grupo social en situación de vulneración, por lo que, se encuentra acreditada la tutela de urgencia como amenaza de irreparabilidad:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

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

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

En consecuencia, son un grupo social de especial vulnerabilidad que requiere de una tutela urgente ante la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, fundamentales y colectivos. Por ello este Colegiado considera que el proceso de amparo de acuerdo a lo regulado por el artículo 200, inciso 2, de la Constitución, y el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, resulta idóneo para tal fin; y dada la urgencia advertida este Tribunal no comparte el criterio de considerar aplicable al presente caso el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

4. A la fecha, la Defensoría del Pueblo ha presentado su informe para el Cuarto Ciclo de Examen Periódico Universal ⁽⁶¹⁾, en el que aún se resalta las condiciones de extrema pobreza en las que se encuentran los pueblos indígenas y comunidades campesinas en el Perú:

La prestación de los servicios de salud en las comunidades indígenas sufre de enormes brechas de acceso y disponibilidad, lo que repercute en el ejercicio de otros derechos y en grupos etarios diferenciados. Así, por ejemplo, sólo 4 de 10 comunidades cuenta con un establecimiento de salud en su territorio, cuya capacidad resolutive es mínima o de primer nivel de atención.

Hemos advertido que existen alrededor de 1700 comunidades, entre nativas y campesinas, pendientes de titulación, afectando su derecho a la propiedad colectiva. Se advierten dificultades relacionadas a la política pública, regulación normativa y a la ejecución de los procedimientos vigentes. Por ello, es preponderante contar con una

⁶¹ Defensoría del Pueblo. (Presentado el 28.09.2022). Informe de la defensoría del pueblo del Perú para el cuarto ciclo del examen periódico universal. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/09/Informe-de-la-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo-del-Per%C3%BA-para-el-Cuarto-Ciclo-del-Examen-Peri%C3%B3dico-Universal.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

política pública ordenada para el saneamiento físico legal de las comunidades, así como se simplifiquen los procedimientos administrativos vigentes; además, el ámbito regional, debe fortalecerse la institucionalidad para la titulación de las comunidades indígenas y destinarse presupuesto público específico para su atención.

5. En términos de Gómez Isa ⁽⁶²⁾, “los pueblos indígenas continúan sufriendo situaciones de vulnerabilidad, exclusión y pobreza en la mayor parte de los países en los que viven, así como una creciente presión sobre sus tierras, territorios y recursos. Todavía existe una gran distancia entre las proclamaciones formales en las Naciones Unidas, y la dura realidad a la que se enfrentan cotidianamente mujeres y hombres indígenas en los diferentes confines del planeta.”
6. En ese sentido, es posible presumir, que la situación de especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y comunidades campesinas **persiste hasta la actualidad**. Por lo cual, la presente controversia requiere de tutela de urgencia, pues involucra directamente el derecho a la consulta previa de una comunidad campesina. En consecuencia, la materia de tutela de urgencia que tengo por objeto el derecho de los pueblos indígenas debe ser resuelta en sede constitucional y no en un proceso contencioso administrativo.

II. El concepto de territorio de las Comunidades Campesinas y Nativas

7. A nivel Constitucional, se ha reconocido la especialidad de la propiedad para las comunidades campesinas y nativas.

Artículo 89

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

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

⁶² Gómez Isa, F. (2019). La declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas. *La declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas*, 119-138. (p.137)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

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

9. A nivel legal, también se reconoce los vínculos ancestrales, culturales y territoriales de la propiedad comunal de las comunidades campesinas. Veamos el artículo 2 de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas:

Artículo 2

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

10. Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la tierra y al territorio forman parte del núcleo de derechos de los pueblos originarios, por cuanto guardan una conexión cultural y espiritual que sustenta su cosmovisión y que excede y trasciende una mera comprensión patrimonial del derecho de propiedad. A modo de ejemplo, se puede señalar el fundamento 18 de la sentencia recaída en el Expediente 00024-2009-PI/TC:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión.

11. Asimismo, el derecho a la tierra y al territorio comprende la facultad de controlar las intromisiones no permitidas en sus tierras, tal y como se ha señalado en el fundamento 25 de la sentencia recaída en el Expediente 01126-2011-PHC/TC:

De otro lado, el artículo 18º del Convenio 169 establece que: “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.” En efecto, la Constitución establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa [artículo 88]. Y además prescribe en el artículo 89º que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios. Así, tales herramientas legales permiten ejercer su derecho a la propiedad de su territorio. En tal sentido, resulta claro que las comunidades nativas y campesinas tiene el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad. Cabe precisar, no obstante, que tal derecho de propiedad, como cualquier otro derecho en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como lo son los establecidos en los artículos 66º, 67º, 70º y 72º, entre otros.

12. En términos del antropólogo y ex relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, “el concepto de territorio incluye la función productiva de la tierra, pero también abarca el concepto de patria, cultura, religión, lugares espirituales, ancestros, el entorno ambiental, y otros recursos como lo son el agua, los bosques y los recursos subterráneos”⁽⁶³⁾ (Traducción propia).
13. En el sistema interamericano de derechos humanos, según Bertot⁽⁶⁴⁾, se ha adoptado “una concepción desformalizada en torno al reconocimiento de la propiedad, como una posición reivindicativa ante una realidad discriminatoria, de olvido, de marginación; por una pasividad estatal que consciente – o porque nunca entendió en su horizonte posible algo que implicara el reconocimiento con todas sus consecuencias de la diversidad cultural”.
14. Si bien el concepto de territorio tiene un sentido distinto para las comunidades campesinas y nativas, es menester señalar este *status especial* no significa que

⁶³ Stavenhagen, R. (2005). Indigenous Peoples: Land, Territory, Autonomy, and Self-Determination <http://www.foodrst.org/les/bookstore/pdf/promisedland/11.pdf>

⁶⁴ Bertot Triana, H. (2020). La protección de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Especial referencia al derecho de propiedad comunal. *La protección de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Especial referencia al derecho de propiedad comunal*, 137-151. (p.149)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

sean dueñas absolutas del mismo. En efecto, tienen un derecho a la propiedad para garantizar su subsistencia – incluyendo el sentido de sus actividades culturales, religiosas y económicas – pero **este no es absoluto**. Así, el derecho a la consulta previa no presupone éste tenga mayor valor sobre otros derechos fundamentales. Lo contrario significaría afirmar que las comunidades campesinas y nativas tienen un derecho de veto, cuando el verdadero objetivo de la consulta previa es alcanzar el *diálogo entre las partes*.

III. Evolución en la jurisprudencia comparada

3.1. Canadá

15. Según Hartling ⁽⁶⁵⁾, “antes de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2010, la ley canadiense relacionada con el derecho a la consulta previa ya se encontraba establecida. Los tribunales canadienses proporcionaron orientación sobre las consultas mediante sentencias judiciales a muchos niveles, lo que ha dado lugar a claridad y mejoras sustanciales en la aplicación de las consultas en todo el país” (Traducción propia).
16. Así, la Constitución reconoce en su artículo 35 “los derechos de los aborígenes y los tratados de los pueblos aborígenes de Canadá” ⁽⁶⁶⁾.
17. En un principio, la Corte Suprema señalaba que el derecho a la consulta era un “deber fiduciario de la Corona”. A modo de ejemplo en *Guerin v. The Queen* se señaló lo siguiente:

Una tribu tiene prohibido transferir directamente su interés a un tercero. Cualquier venta o arrendamiento de tierras solo puede llevarse a cabo después de que se haya producido una rendición, con la Corona actuando en nombre de la tribu. La Corona asumió esta responsabilidad por primera vez en la Proclamación Real de 1763. Todavía se reconoce en las disposiciones sobre entrega de la Ley de los Indios. El requisito de entrega, y la responsabilidad que conlleva, son la fuente de una clara obligación fiduciaria que la Corona debe a los indios

⁶⁵Hartling, J. (2018). Best practices Guide to prior consultation in the Americas. Konrad Adenauer Stiftung. (p.28).

⁶⁶PARTE II. DERECHOS DE LOS PUEBLOS ABORÍGENES DEL CANADÁ

1. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS EXISTENTES DE LOS ABORÍGENES Y LOS TRATADOS

Se reconocen y afirman los derechos actuales de los aborígenes y tratados de los pueblos aborígenes del Canadá.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

18. En los términos de Brideu (⁶⁷), “no fue hasta la década de 2000 cuando se estableció la noción fundamental del deber de consultar, tal como la conocemos hoy. En 2004 y 2005, la Corte Suprema publicó una trilogía de decisiones consistente en *Haida Nation v. British Columbia*; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia*; y *Mikisew Cree First Nation v. Canadá*. En estos tres casos se establecieron ciertas protecciones procesales para los derechos de los aborígenes y de los tratados. También aclararon la base de la obligación de la Corona de celebrar consultas y esbozaron un marco general para su aplicación”. (Traducción propia)
19. De este modo, el mandato de consultar a los pueblos aborígenes, se resume en *Haida Nation v. British Columbia*:
- El deber del Gobierno de consultar a los pueblos aborígenes y de atender a sus intereses se basa en el principio del honor de la Corona, que debe entenderse generosamente. Si bien los derechos y títulos aborígenes declarados, pero no comprobados no son suficientemente específicos para el honor de la Corona para ordenar que la Corona actúe como fiduciaria, la Corona, actuando con honor, no puede pisotear de manera arrogante los intereses aborígenes cuando las reivindicaciones que afectan a estos intereses se persiguen seriamente en el proceso de negociación de tratados y pruebas.
- El deber de consultar y acomodar es parte de un proceso de trato justo y reconciliación que comienza con la afirmación de la soberanía y continúa más allá de la resolución formal de las reclamaciones. El fundamento del deber en el honor de la Corona y el objetivo de la reconciliación sugieren que el deber surge cuando la Corona tiene conocimiento, real o constructivo, de la existencia potencial del derecho o título aborígen y contempla conductas que podrían afectarlo negativamente. La consulta y el arreglo antes de la resolución final de las reclamaciones preservan el interés de los aborígenes y son un corolario esencial del honorable proceso de reconciliación que exige el art. 35 de la Constitución de 1982.
- (Traducción propia)
20. Como se evidencia, en Canadá el mandato de consulta previa a los pueblos aborígenes se funda en el proceso de reconciliación y la reivindicación de sus intereses.

⁶⁷ Brideau, I. (2019). *The Duty to Consult Indigenous Peoples*. Library of Parliament= Bibliothèque du Parlement. https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201917E#txt12 (p.2).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

3.2. Colombia

21. El desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas se da a partir de la Constitución Política de 1991, donde fueron reconocidos como minoría multicultural (Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-139/196, 1996) ⁽⁶⁸⁾.
22. Aunado a ello, la Corte Constitucional colombiana tiene un amplio desarrollo en materia de consulta previa y sobre las decisiones que deben ser consideradas como una afectación directa en los términos del Convenio 169 OIT.
23. De este modo, la Corte precisa que en el fundamento jurídico 7 de la SU 123-18 que la afectación directa comprende lo siguiente:

La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas 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.

24. De manera específica la Corte ha determinado que tipo de medidas son las que constituyen una afectación directa. Así, en la Sentencia 7-382/06 se ha precisado que las concesiones son un acto que constituye una afectación directa:

Los escenarios en los que podemos agrupar el desenvolvimiento del derecho de consulta previa son: el primero, la construcción de la iniciativa gubernamental antes de presentar el texto ante el congreso; el segundo se refiere, en estricto, a la eficacia del derecho durante el trámite de un proyecto de ley y, el tercero, aplica a la práctica del derecho en sede administrativa, cuando se ejecutan actos específicos o individuales que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, v. g. la expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra.

25. En Colombia, la consulta previa se efectúa frente a las consecuencias que genera una concesión en territorio de pueblos indígenas, pues lo contrario significaría

⁶⁸ Figuera Vargas, S. C., & Ortiz Torres, M. H. (2019). El derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Casos de estudio: Ecuador y Colombia. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 19(36), 59-76. (p.66)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

encontrarse en una situación de incongruencia frente a las obligaciones contenidas en el Convenio 169 OIT.

3.3. Ecuador

26. El derecho a la consulta previa se encuentra reconocido expresamente en el artículo 57 de la Constitución del Ecuador:

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

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

27. De este modo, la Corte Constitucional del Ecuador ha precisado en la sentencia 9-19-CP la obligatoriedad de la consulta previa a los pueblos indígenas:

En efecto, en su artículo 398 la carta fundamental establece expresamente la obligación que tiene el Estado de consultar a las comunidades sobre toda decisión o autorización estatal que pueda afectar su ambiente (consulta ambiental). Esta obligación estatal de consulta también existe cuando puedan ser afectados ambiental o culturalmente las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas por efecto de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras (consulta previa a pueblos indígenas). El Estado está obligado a consultar a estos pueblos, incluso si se trata de medidas legislativas que puedan afectar sus derechos colectivos (consulta pre-legislativa). De igual forma, el artículo 407 establece la facultad de la Asamblea Nacional que en determinadas condiciones podría convocar a consultas populares sobre extracción de recursos no renovables en áreas protegidas e intangibles.

28. Sobre la oportunidad de la consulta para garantizar su naturaleza como un mecanismo de diálogo intercultural, la Corte señala en la sentencia 22-18-IN/21 que la consulta previa debe realizarse en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

El derecho a la consulta previa es una obligación del Estado que debe realizar “en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena

29. Recientemente la Corte Constitucional del Ecuador ha determinado expresamente que el hecho de otorgar una concesión minera sin haber realizado la consulta previa constituye una afectación directa. Así en el fundamento 114 de la sentencia 273-19-JP/22 se señaló lo siguiente:

En virtud de todo lo expuesto, esta Corte evidencia que las actividades mineras que se desarrollan en el territorio de la comunidad Cofán de Sinangoe y sus alrededores repercuten de manera directa en sus usos y costumbres, lo que deriva en afectaciones para la preservación de su derecho a la identidad cultural, autodeterminación, ambiente sano, salud, así como también en posibles afectaciones a los derechos de la naturaleza. Por lo que, en el presente caso, al evidenciarse que las actividades extractivas tienen consecuencias en los derechos e intereses de la comunidad, era necesaria y obligatoria su participación a través de un proceso de consulta previa que contenga cada uno de los estándares citados en los párrafos precedentes. **Al no haberse dado se vulneró su derecho a la consulta previa previsto en el artículo 57.7 de la Constitución al haber otorgado 20 concesiones mineras y al tramitar 32 adicionales alrededor de los ríos Chingual y Cofanes.**

30. A este respecto, se evidencia que desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador la consulta previa se constituye como un deber reforzado del Estado y debe ser realizada incluso desde “antes de cualquier convocatoria para el otorgamiento de un derecho minero, ya sea petición u oferta para pequeña minería, procesos de subasta o remate para mediana minería y minería a gran escala, y procedimientos de autorización para minería artesanal” (Sentencia 273-19-JP/22, FJ.103).

IV. La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional

31. La tutela constitucional al derecho a la consulta previa –y a los derechos de los pueblos indígenas – fue desarrollada por el Tribunal Constitucional de manera amplia en función a la aplicabilidad del Convenio 169 OIT.

32. Así, en el fundamento jurídico 31 de la STC 03343-2007-PA/TC se afirmó que tal convenio forma parte del ordenamiento jurídico:

Previamente, debe destacarse que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.O 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,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

ostentan rango constitucional" (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 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.

33. En la STC 00022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional delimitó el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa y las reglas sobre las etapas del proceso de consulta. Veamos:

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.

[...]

41. Si bien el Convenio N.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:

- i. El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- ii. En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- iii. Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- iv. Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- v. De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que, a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena.

34. Este criterio fue recogido en la STC 02196-2014-PA/TC al desarrollar la consulta previa como una cláusula constitucional relevante. Asimismo, se hizo alusión a la necesidad de valorar las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas:

17. Según esta perspectiva, resulta esencial señalar que la trascendencia de los cambios debe ser no solo alegada, sino explicada por los pueblos indígenas que la invoquen, porque no siempre será advertida por la cultura mayoritaria. Otro punto a considerar es que los jueces, quienes resolverán las demandas de tutela constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, pertenecen a una manifestación cultural diferente, situación que los obliga a incluir en su análisis la visión de las comunidades para resolver las controversias que conocen.

35. Por otro lado, el Tribunal ha reconocido la necesidad de un desarrollo reglamentario sobre el derecho a la consulta previa. Así, en la STC 05427-2009-PC/TC, se declaró fundada la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), por haberse acreditado el cumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la OIT.
36. Tal y como se ha detallado *supra*, sobre el territorio de los pueblos indígenas, existe una cosmovisión distinta (cfr. STC 00024-2009-PI/TC), posición que fue reiterada en la STC 04391-2011-PA/TC, al afirmar que la propiedad de las tierras indígenas no se funda en una única concepción económica.
37. Sin perjuicio de ello, en el año 2022, el Tribunal Constitucional publicó la STC 03066-2019-PA/TC, en la cual se señaló que el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental.
38. No comparto el criterio esgrimido en la referida sentencia y considero que resulta lamentable que en el caso se haya desconocido la vinculatoriedad del Convenio 169 OIT en función a lo establecido por el artículo 55 de la Constitución de 1993. Además, por cierto, de la propia jurisprudencia constitucional que ha señalado que reiterados casos que nuestro modelo se suscribe a la teoría abierta de los derechos fundamentales es razón de lo previsto por el artículo 3 de la Constitución (cláusula de los derechos innominados), y por la disposición final cuarta del propio texto constitucional se extiende los derechos a lo suscrito por los tratados



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

internacionales en materia de Derechos Humanos. El convenio 169 OIT es un tratado internacional en materia de Derechos Humanos.

39. En puridad, comparto el sentido de la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional antes de la STC 03066-2019-PA/TC, pues la consulta previa es un derecho fundamental y constituye un deber de integración que los jueces constitucionales reconozcan la identidad de los pueblos indígenas, así como la concepción que tienen de su propio territorio.

V. El derecho fundamental a la consulta previa

40. Históricamente, los pueblos indígenas han vivido y reclamado la posesión de sus territorios, sin embargo, la reivindicación de sus derechos aún no concreta su objetivo debido a la *especial situación de vulnerabilidad* en la que se encuentran.
41. La cuestión indígena fue acogida por el Derecho Internacional a partir de 1980. De acuerdo a Salmón ⁽⁶⁹⁾, desde esa fecha “los pueblos indígenas vienen reclamando la reivindicación de sus derechos y usan los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos para incorporar la cuestión indígena a la agenda internacional. Frente a ello, tanto la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como la Organización de los Estados Americanos (OEA) se han mostrado progresivamente receptivas a algunas de sus demandas”.
42. La labor de la ONU y de la OEA fue acompañada desde el inicio por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que concretó importantes instrumentos internacionales. Así, el Convenio 107, sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales o semi tribales en los países independientes, de 1957, reconoció que persistían las barreras sociales, económicas y culturales para garantizar la plenitud de los derechos y oportunidades de los pueblos indígenas. Sin embargo, en términos de Anaya ⁽⁷⁰⁾, el Convenio 107 OIT partía de conceptos de derechos humanos que se enfocaban en la identidad individual, pero que no tomaban en cuenta la identidad colectiva de los pueblos indígenas.
43. Posteriormente, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989, amplía los derechos contenidos en el Convenio 107 OIT. En términos de Palacios ⁽⁷¹⁾, el Convenio 169 OIT “supone un auténtico

⁶⁹ Salmón, E. (2012). La consulta previa, libre e informada en el Perú. (p.18)

⁷⁰ Anaya, J. (2016). El convenio 169 y la norma de consulta con los pueblos indígenas. En La consulta indígena. (p.17).

⁷¹ Palacios Romeo, F. J. (1998). El proceso normativo internacional sobre derechos de los pueblos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

manifiesto pluridisciplinar y casi una Carta Universal de derechos sobre la cuestión indígena”.

44. Sobre el derecho a la consulta previa, el artículo 6 del Convenio 189 OIT detalla las obligaciones de los Estados parte:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - (b) 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;
 - (c) 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.

45. La OIT define a la consulta previa como el derecho de participación de los pueblos indígenas en situaciones que afecten sus derechos, de este modo garantiza su derecho a la libre determinación. Por lo cual, la consulta previa deviene a ser un *mecanismo de integración*, pues atiende al diálogo entre las entidades gubernamentales y los pueblos indígenas.
46. La consulta previa es esencial dentro de una *democracia constitucional*, pues la participación de los pueblos indígenas es un derecho previo para hacer realidad otros derechos. Según Schilling-Vacaflor y Flemmer ⁽⁷²⁾, “además de tener una función de protección de los derechos, la consulta previa se suele entender como un instrumento para la prevención y resolución de conflictos. Se espera que, teniendo en cuenta los temores y las necesidades de las poblaciones locales, encontrando soluciones conjuntas y complementando los conocimientos

indígenas. Evolución jurídica y proyección política. En *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos. Conmemoración del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Zaragoza: Gobierno de Aragón. (pp.118-119)

⁷² Schilling-Vacaflor, A., & Flemmer, R. (2015). Conflict Transformation through Prior Consultation? Lessons from Peru. *Journal of Latin American Studies*, 47(4), 811–839. <http://www.jstor.org/stable/24544138> (p.812).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

especializados con las ideas de los grupos afectados, se logren soluciones más democráticas, pacíficas y sostenibles”.

47. En tal virtud, según Basulto ⁽⁷³⁾, “resulta un mecanismo vital para conocer y considerar las opiniones de los pueblos indígenas en el diseño de políticas públicas, que no se contrapongan a sus intereses y necesidades, logrando de este modo incluirse en la planeación nacional de desarrollo, que como país democrático se aspira”.
48. Dado que el derecho a la consulta previa “está vinculado a un grupo –un pueblo– y no a sujetos individuales, las normas de consulta y participación que se incluyen en estas disposiciones también afectan a los colectivos” ⁽⁷⁴⁾ (Traducción propia). De ahí que, desde una visión colectiva del territorio, la propiedad y la libre determinación de los pueblos indígenas se manifieste la participación democrática. A partir de ello, se puede concluir que el contenido del derecho a la consulta previa radica en la garantía de la participación y comunicación de los pueblos indígenas.
49. En ese sentido, este Tribunal Constitucional ha desarrollado una serie de elementos que orientan la realización de la consulta previa en la STC 00022-2009-PI/TC, tales como la buena fe, la flexibilidad, el objetivo de alcanzar un acuerdo, la transparencia, y la implementación previa del proceso de consulta.
50. Si bien, los intereses y la participación de los pueblos indígenas tienen una tutela constitucional eminentemente especial, ello no implica un derecho de veto. Es decir, que no cuentan con una potestad antojadiza para impedir que medidas administrativas o legislativas se lleven a cabo. Por lo cual, sobre este punto es importante remitirse a los fundamentos 24 y 25 de la STC 00022-2009-PI/TC, que a la letra dicen:

24. De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no

⁷³ Basulto, R. (2021). El conflicto de la titularidad del derecho humano a la consulta previa y la libre determinación. Dialéctica entre liberalismo y comunitarismo. En *Revista de Jure*. Núm. XII. <https://dejure.ucol.mx/antecedentes.php?revista=84&articulo=642&page=6> (p.6).

⁷⁴ Rombouts, S. J. (2017). The evolution of indigenous peoples' consultation rights under the ILO and UN Regimes. *Stan. J. Int'l L.*, 53, 169. (p.176)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el diálogo intercultural.

25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que, si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

51. De este modo, toda vez que la consulta previa implica un proceso de diálogo multicultural fundado en el principio de buena fe y con el objetivo de evitar conflictos, los pueblos indígenas deben ser consultados desde el inicio de una concesión, pero no significa la concreción de un derecho de veto.

VI. La tutela de la consulta previa desde el otorgamiento de la concesión

6.1. La concesión minera

52. La concesión minera, en tanto medida administrativa, tiene soporte constitucional en su consagración general en el artículo 66 de la Constitución Política de 1993, donde se establece la regulación sobre los recursos naturales y su eventual concesión. Así, declara:

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.

53. Asimismo, el desarrollo normativo de este artículo se encuentra en la Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, normatividad que -en el marco del dominio público del Estado como soberano de los recursos mineros- garantiza la seguridad y estabilidad de los derechos mineros otorgados a privados. Particularmente en lo concerniente a este caso, prescribe lo siguiente:

Artículo 23.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia. Las concesiones son bienes incorporales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo. (resaltado propio).

54. Los artículos 9 y 10 del TUO de la Ley General de Minería aprobado por el Decreto Supremo 014-92-EM señalan lo siguiente:

Artículo 9.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada. Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble, aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias. Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

Artículo 10.- La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia

(Subrayado propio).

55. En términos de Baldeón ⁽⁷⁵⁾, “el derecho real que otorga la concesión minera a su titular tiene, además como sustento, que el mismo es exclusivo y excluyente. Es exclusivo porque el otorgamiento se da sobre área determinada y su ejercicio conlleva la potestad que su titular pueda realizar actividad minera y formular denuncias administrativas por internamiento o penales por hurto de mineral. Es excluyente porque al otorgarse sobre área y sustancia determinada, no existe posibilidad que la autoridad minera otorgue a tercero otra concesión minera sobre la misma área y sustancia. Es decir, el título de concesión está protegido *erga omnes*”.

⁷⁵ Baldeón, J. (2016). Tratado de derecho minero peruano. Jurista Editores. (p.246)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

56. Sobre los referidos artículos, Belaúnde ⁽⁷⁶⁾ también sostiene que la concesión minera otorga a su titular un derecho real consistente en la suma de los atributos reconocidos por la ley, tales como el derecho exclusivo a explorar, desarrollar y explotar la concesión y consiguientemente a extraer las sustancias mineras contenidas al interior de la misma, para convertirse en propietario de las sustancias extraídas a fin de poder disponer de ellas”.
57. En el mismo sentido Ñopo ⁽⁷⁷⁾ desarrolla que el derecho real referido es posible de ser opuesto a todos y permite a una persona ejercer un poder sobre la concesión debidamente otorgada, siendo un derecho inviolable, absoluto y universal.
58. A modo de ejemplo, se puede evidenciar que el artículo 2 del TUO de la Ley General de Minería regula la posibilidad de excluir a terceros de realizar actividades mineras en áreas concesionadas:
- Artículo 2.-El cateo y la prospección son libres en todo el territorio nacional. Estas actividades no podrán efectuarse por terceros en áreas donde existan concesiones mineras, áreas de no admisión de denuncias y terrenos cercados o cultivados, salvo previo permiso escrito de su titular o propietario, según sea el caso. Es prohibido el cateo y la prospección en zonas urbanas o de expansión urbana, en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público; salvo autorización previa de la entidad competente.
59. La naturaleza jurídica de la concesión es la de un **acto administrativo** por antonomasia, según García-Trevijano ⁽⁷⁸⁾. Así también, Lastres ⁽⁷⁹⁾ señala que “en el Derecho Minero peruano las concesiones nacen de un acto administrativo, regulado por normas de orden público que expide y administra el Estado en su condición de titular de la soberanía sobre ellos.”
60. De manera específica, Vergara ⁽⁸⁰⁾ sostiene que “la concesión minera es una concesión traslativa, cuyo plus es la creación de un derecho real administrativo. Es decir, se crea un derecho subjetivo público: el derecho de aprovechamiento minero”.
61. El titular de una concesión minera goza de derechos, pero también debe cumplir con una serie de deberes. El TUO de la Ley General de Minería contempla las obligaciones que todo titular minero debe cumplir una vez obtenida la concesión

⁷⁶ Belaunde, M. (1998). Derecho minero y concesión. Editorial San Marcos. (p.84).

⁷⁷ Ñopo, H. (1998). Derecho Minero. Editora Fecat. (p.26)

⁷⁸ García-Trevijano, A. (1986). Los actos administrativos. Madrid. Editorial Civitas. (p.240)

⁷⁹ Lastres Bérninzon, E. (2000). “Comentarios sobre el Régimen de las Concesiones Mineras”. En: Revista de Derecho Minero y Petrolero, Año XLX, 2000, N° 58, (p. 21).

⁸⁰ Vergara Blanco, A. (1989). Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras. *Revista Chilena de Derecho*, 777-796. (p.796)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

minera. Estas son la producción mínima (artículo 38 del TUO de la Ley General de Minería), el derecho de vigencia (artículo 39 del TUO de la Ley General de Minería) y la presentación de una Declaración Anual (artículo 50 del TUO de la Ley General de Minería):

Artículo 38.- De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 66 de la Constitución Política del Perú, por ley orgánica se fijan las condiciones de la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares estableciéndose por lo tanto que la concesión minera obliga a su trabajo, obligación que consiste en la inversión para la producción de sustancias minerales. La producción no podrá ser inferior al equivalente a una UIT por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias metálicas y del equivalente al 10% de la UIT por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias no metálicas. En el caso de pequeños productores mineros la producción no podrá ser inferior al equivalente a 10% de la UIT por año y por hectárea otorgada en caso de sustancias metálicas y de 5% de la UIT por año y por hectárea en el caso de la minería no metálica. Para el caso de productores mineros artesanales la producción no podrá ser inferior al 5% de la UIT por año y por hectárea otorgada sea cual fuere la sustancia. La producción deberá obtenerse no más tarde del vencimiento del décimo año, computado a partir del año siguiente en que se hubiera otorgado el título de concesión. La producción deberá acreditarse con liquidación de venta. Tratándose de ventas internas, las liquidaciones deberán ser extendidas por empresas de comercialización o de beneficio debidamente inscritas en los Registros Públicos. Dichas liquidaciones de venta deberán presentarse ante la autoridad minera en el formulario proporcionado por ésta, hasta el 30 de junio del siguiente año, respecto a las ventas del año anterior.

Artículo 39.- A partir del año en que se hubiere formulado el petitorio, el concesionario minero estará obligado al pago del Derecho de Vigencia. El Derecho de Vigencia es de US\$ 3,00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada. Para los pequeños productores mineros, el Derecho de Vigencia es de US\$ 1.00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada. Para los productores mineros artesanales el Derecho de Vigencia es de US\$ 0.50 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada.

El Derecho de Vigencia correspondiente al año en que se formule el petitorio de la concesión minera, deberá abonarse y acreditarse con motivo de la formulación del petitorio.

El Derecho de Vigencia correspondiente al segundo año, computado a partir del 1 de enero del año siguiente a aquel en que se hubiere formulado el petitorio de la concesión minera, deberá abonarse hasta el 30 de junio del segundo año. Igual regla se aplicará para los años siguientes.

De conformidad con el Artículo 9 de la presente Ley, la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada, por lo que el pago del derecho de vigencia a que está obligado el titular del derecho minero es independiente del pago de los tributos a que está obligado el titular del predio.

62. El derecho de vigencia, dirá Baldeón ⁽⁸¹⁾, “es una retribución económica que realiza el solicitante al Estado por el derecho de otorgamiento de la concesión y,

⁸¹ Baldeón, J. (2016). Tratado de derecho minero peruano. Jurista Editores. (p.307)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

una vez aprobada, es la misma retribución económica que realiza el titular de la concesión minera a favor del Estado por el derecho al aprovechamiento de los recursos minerales, es decir, esta retribución económica es la esencia de su naturaleza jurídica”. Por otro lado, sobre la producción mínima, “los concesionarios disponen de un plazo para alcanzarla y durante ese tiempo se supone deben efectuar las inversiones necesarias para arrancar la producción”⁽⁸²⁾.

63. En ese sentido, el incumplimiento de estas obligaciones genera el pago de una penalidad a favor del Estado en los términos del artículo 40 del TUO de la Ley General de Minería:

Artículo 40.- En caso de que no se cumpliera con lo dispuesto en el artículo 38, a partir del primer semestre del undécimo año computado desde el siguiente a aquel en que se otorgó el título de concesión minera el concesionario deberá pagar una penalidad equivalente al 2% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea otorgada efectiva, hasta que cumpla con la producción o inversión mínima anual. Si no se obtiene la producción mínima al vencimiento del décimo quinto año computado desde el siguiente a aquel en que se otorgó el título de concesión minera, el concesionario deberá pagar una penalidad equivalente al 5% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea otorgada efectiva, hasta que cumpla con la producción o inversión mínima anual. Si no se obtiene la producción mínima al vencimiento del vigésimo año computado desde el siguiente a aquel en que se otorgó el título de concesión minera, el concesionario deberá pagar una penalidad equivalente al 10% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea otorgada efectiva, hasta que cumpla con la producción o inversión mínima anual. Si no se obtiene la producción mínima al vencimiento del trigésimo año computado desde el siguiente a aquel en que se otorgó el título, caduca la concesión minera. La penalidad es un sobrepago o pago aumentado del derecho de vigencia, conservando la misma naturaleza de dicho derecho, debiendo por tanto pagarse y acreditarse ambos en el mismo plazo.

64. Por otro lado, según el artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería, el titular de la concesión minera posee un conjunto de derechos y que derivan de la manifestación del legislador:

Artículo 37.- Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:

1. En las concesiones que se otorguen en terrenos eriazos, al uso minero gratuito de la superficie correspondiente a la concesión, para el fin económico de la misma, sin necesidad de solicitud adicional alguna.
2. A solicitar a la autoridad minera el derecho de uso minero gratuito para el mismo fin, sobre terrenos eriazos ubicados fuera de la concesión.
3. A solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión. La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si

⁸² Belaunde, M. (1998). Derecho minero y concesión. Editorial San Marcos. (p.107)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

- fuere el caso. De oficio o a petición del propietario afectado, la autoridad minera dispondrá la expropiación si la servidumbre enerva el derecho de propiedad.
4. A solicitar autorización para establecer uso minero o servidumbres, en su caso, sobre los terrenos superficiales de otras concesiones, siempre que no se impida o dificulte la actividad minera de sus titulares.
 5. A construir en las concesiones vecinas, las labores que sean necesarias al acceso, ventilación y desagüe de sus propias concesiones, transporte de los minerales y seguridad de los trabajadores, previa la indemnización correspondiente si causan daños y sin gravamen alguno para las concesiones sirvientes, dejando en cancha, libre de costos para estas concesiones, los minerales resultantes de las labores ejecutadas. Los titulares de las concesiones sirvientes, podrán utilizar estas labores pagando la respectiva compensación, cuyo monto fijará la autoridad minera a falta de convenio de las partes.
 6. A ejecutar en terreno franco las labores que tengan los mismos objetos señalados en el inciso anterior, con autorización de la Dirección General de Minería.
 7. A solicitar la expropiación, previa indemnización justipreciada, de los inmuebles destinados a otro fin económico, si el área fuera necesaria, a juicio de la autoridad minera, para la racional utilización de la concesión y se acredite la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada. En casos en que la expropiación comprenda inmuebles ubicados en zonas urbanas o de expansión urbana, se solicitará la opinión del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción o del Organismo Regional correspondiente.
 8. A usar las aguas que sean necesarias para el servicio doméstico del personal de trabajadores y para las operaciones de la concesión, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.
 9. A aprovechar las sustancias minerales contenidas en las aguas que alumbren con sus labores.
 10. A inspeccionar las labores de concesiones mineras vecinas o colindantes, cuando sospeche internación o cuando tema inundación, derrumbe o incendio, por el mal estado de las labores de los vecinos o colindantes, por el desarrollo de los trabajos que se efectúen en éstos.
 11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.
65. Como se evidencia, el aprovechamiento minero se funda en el interés público y, como tal, no sólo facultan al concesionario al aprovechamiento, sino que, además, le obligan al cumplimiento de tal fin. Por lo cual, las concesiones mineras implican efectivamente un deber de aprovechamiento de los recursos minerales y geológicos del área concesionada.
66. Así las cosas, las concesiones mineras –que aún se encuentran vigentes– otorgadas en los territorios de la Comunidad Asacasi constituyen una *afectación directa*, pues restringe sus derechos a la propiedad y a libre determinación sin haber existido una consulta previa que permita la participación efectiva de la referida comunidad aunque claro está por la ausencia normativa o confusas premisas jurídicas que desarrollan esta materia. Ello se evidencia de las prácticas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

desarrolladas en esta actividad, por lo que creemos que deben ser valoradas adecuadamente de manera progresiva para reconfigurar la relación comunidad-tierra-actividad económica-estado desde una perspectiva legislativa y jurisprudencial.

6.2. Oportunidad de la consulta previa

67. Los artículos 6 y 15 del Convenio 169 OIT desarrollan lo siguiente respecto a la oportunidad de la consulta previa a los pueblos indígenas:

Artículo 6

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

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) 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;
- c) 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.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

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

68. A nivel interno, la Ley 29785, Ley de Consulta Previa y su reglamento han señalado lo siguiente:

Artículo 4 de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa. - Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

[...]

- a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

Artículo 6 del Reglamento de la Ley N° 29785.- Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3°, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.

69. Como se evidencia, de las referidas disposiciones normativas, no existe una concordancia respecto a la oportunidad para efectuar la consulta previa. Mientras que para el Convenio 169 OIT, la consulta previa debe efectuarse “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”; para la legislación interna la consulta previa debe efectuarse sólo ante el inicio de una actividad de exploración o explotación de recursos naturales.
70. Sin perjuicio de los fundamentos esgrimidos en la ponencia del presente caso, se debe cuestionar si conforme a los métodos de interpretación de la Convención de Viena, las concesiones mineras constituyen un programa de prospección o explotación en los términos del Convenio 169 OIT.
71. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dispone en su artículo 31 las reglas generales de interpretación. Así señala:

Artículo 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.
 - b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) Toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

72. En términos del profesor Novak ⁽⁸³⁾, “este artículo consagra un pluralismo de métodos y reglas de interpretación de los tratados; sin embargo, señala como punto de partida dos principios que deben guiar todo proceso interpretativo: el *pacta sunt servanda* y la *buena fe*. El primero dispone que los tratados son de obligatorio cumplimiento, mientras que el segundo establece la forma en que los tratados deben ser cumplidos, esto es, de manera franca, honesta y leal, evitando en todo momento subterfugios o tomar ventaja indebida del acuerdo. A partir de estas dos premisas, se señalan en el artículo transcrito al menos cuatro reglas de interpretación, como son: la del sentido natural y ordinario de los términos, la del contexto, la del objeto y fin del tratado, y la de la conducta ulterior de las partes”.
73. Así las cosas, se evidencia que el principio *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe son los principios rectores en la interpretación de tratados internacionales. Sin perjuicio de ellos, existen otros métodos de interpretación que se detallan en el artículo 31 de la Convención de Viena, en expresión del profesor Edmundo Vargas Carreño cada uno implica lo siguiente ⁽⁸⁴⁾:
- Regla del sentido corriente de los términos del tratado: De acuerdo a esta regla para interpretar un tratado debe recurrirse primeramente al sentido natural y obvio que tienen las expresiones utilizadas en su texto. El único caso en que podría prescindirse del sentido corriente de un término es si consta que la intención de las partes fue conferirle un sentido especial a ese término de acuerdo al artículo 31.4 de la Convención.
 - Regla de utilización del contexto: Vinculada a la regla anterior y tal como lo afirma el mismo artículo 30, se encuentra la regla de que los términos del tratado deben, además, interpretarse en su contexto, es decir, no en forma aislada, sino considerando cada una de sus partes interrelacionadamente.
 - Regla de compatibilidad con el objeto y fin del tratado: implica que el tratado debe interpretarse “teniendo en cuenta su objeto y fin”, o sea, conforme al propósito fundamental perseguido por el tratado y en cuya virtud éste ha sido celebrado.
 - Regla de ulterior conducta de las partes: En estos casos la conducta ulterior de las partes, expresada en acuerdos relativos a la interpretación del tratado o en prácticas que se refieren a su aplicación, proporciona un importante elemento para interpretar el tratado, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia internacional.
 - Regla de la aplicación de las normas pertinentes de derecho internacional: Esta regla de interpretación persigue destacar que el tratado no es un elemento aislado, sino que se encuentra integrado a un sistema normativo del cual forma parte. De ahí la procedencia de la utilización de otras fuentes de derecho internacional en la interpretación de un

⁸³Novak, F. (2019). La conducta ulterior de las partes como regla principal de interpretación de los Tratados. *La conducta ulterior de las partes como regla principal de interpretación de los Tratados*, 101-124. (p.104)

⁸⁴Vargas, E. (2007). *Derecho Internacional Público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile. (pp.153-155).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

tratado, como pueden serlo otro tratado, una norma consuetudinaria o un principio general de derecho adoptados por las partes del tratado.

- f) Regla de la utilización de los trabajos preparatorios del tratado y de las circunstancias de su celebración: Como un medio complementario de interpretación, el artículo 32 acepta que pueda recurrirse a averiguar la intención de las partes mediante una investigación de los trabajos preparatorios del tratado y de las circunstancias de su celebración. Esta regla, como se expresó, tiene un carácter complementario, es decir, se la utiliza para confirmar el sentido de las otras reglas de interpretación o bien, con un carácter supletorio, su aplicación es procedente sólo cuando las otras reglas de interpretación dejen ambiguo el sentido del tratado o conduzcan a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.
74. En aplicación de la regla sobre el objeto y el fin del tratado, el Preámbulo del Convenio 169 OIT reconoce “las aspiraciones de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. Este objetivo se cumple a plenitud cuando la consulta previa se efectúa en las primeras etapas del proyecto, tal como lo destaca Carmona ⁽⁸⁵⁾ cuando señala que el objeto del Convenio 169 OIT se concreta cuando los pueblos son “involucrados lo antes posible en el proceso. Así, puede concluirse que cuando la versión en español del Convenio habla de ‘prospección’, se está refiriendo a las autorizaciones iniciales del proyecto minero que, en el caso chileno, estaría dado por las concesiones”.
75. A mayor abundamiento, el Comité de la OIT ⁽⁸⁶⁾ ha reconocido que “el artículo 6 del Convenio 169 requiere que la consulta sea previa, lo que implica que las comunidades afectadas participen lo antes posible en el proceso, incluso en la realización de estudios de impacto ambiental”. Así, Rombouts ⁽⁸⁷⁾, señala que “la filosofía básica es que el Convenio 169 de la OIT presume los derechos de los pueblos indígenas a la existencia continuada, según lo que ellos mismos deseen. Para lograrlo, los pueblos indígenas deben participar en los procesos de adopción de decisiones que les afectan” (Traducción propia).

⁸⁵ Carmona Caldera, C. (2020). Minería en territorio indígena: analizando la ausencia de consulta en el otorgamiento de concesiones mineras en Chile. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (55), 157-193. (pp.185-186)

⁸⁶ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL).

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507223,es:NO

⁸⁷ Rombouts, S. J. (2017). The evolution of indigenous peoples' consultation rights under the ILO and UN Regimes. *Stan. J. Int'l L.*, 53, 169. (p.183)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

76. En los términos establecidos por el propio Convenio 169 OIT se evidencia que la concesión minera es un programa de prospección que afecta directamente los derechos de los pueblos indígenas, pues limita su forma de vida y su propia cosmovisión de su territorio. Las concesiones mineras suponen un control sobre el territorio de la comunidad Asacasi, toda vez que, como se ha desarrollado *supra*, los concesionarios son titulares del derecho de aprovechamiento minero y pueden oponer su derecho real.
77. En ese orden de ideas, en función a los principios *pacta sunt servanda* y la buena fe, resulta necesario entender que la consulta previa debe realizarse desde el otorgamiento de la concesión minera, que marca el inicio del ciclo del proyecto.
78. Lo desarrollado guarda lineación con el mandato de integración y la concretización de la paz social. Tal y como se ha señalado en el fundamento jurídico 18 de la STC 00022-2009-PI/TC, la consulta previa tiene como fundamento la inclusión de los pueblos indígenas:

Por medio de tales medidas lo que se pretende es una **reivindicación en clave de inclusión** de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales.

79. Por consiguiente, el referido diálogo intercultural, únicamente se concretiza efectuando la consulta previa desde el otorgamiento de la concesión minera, lo cual presupone que la consulta sea oportuna y efectiva. Según Charris Benedetti⁽⁸⁸⁾, “para lograr una consulta efectiva, el procedimiento debe ajustarse a las prácticas culturales de los pueblos indígenas, de manera que se respeten sus valores, costumbres y tradiciones -entre lo que se resalta su especial relación con la tierra y los recursos naturales, así como los métodos y tiempos propios para la

⁸⁸ Charris Benedetti, J. P. (2014). El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública. *Revista derecho del estado*, (33), 123-147. (pp.138-139)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

toma de decisiones. La imposición por parte del Estado de un mecanismo único y homogéneo de consulta a las comunidades étnicas implicaría un desconocimiento del mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural”.

80. A nivel nacional, la legislación es contradictoria con lo dispuesto en el Convenio 169 OIT. Veamos el Artículo 122 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería:

Artículo 122.- Simultáneamente, el Jefe de la Oficina de Concesiones Mineras entregará al nuevo peticionario avisos para su publicación, por una sola vez, dentro de los treinta días siguientes a su recepción, en el Diario Oficial "El Peruano" y en otro periódico de la capital de la provincia en que se encuentre el área solicitada. En este último caso, de no existir diario, se recurrirá a fijar avisos por siete días útiles en la Oficina Regional de Minería respectiva.

81. Como se evidencia, de la literalidad de la norma, el peticionante de una concesión minera únicamente publicita y comunica su petitorio en el Diario Oficial “El Peruano” y en otro periódico de la capital o, en su defecto, en la Oficina Regional de Minería respectiva. En efecto, se advierte que eventuales comunidades campesinas y nativas afectadas por la concesión minera **no son notificadas**. En tal sentido, resulta imperantemente necesario que el Estado canalice una notificación efectiva en los términos del Convenio 169 OIT.

VII. Un fundamento más: el objetivo de la paz social

82. La paz social, es decir la búsqueda de condiciones adecuadas para la convivencia pacífica y armónica entre las diferentes sociedades en el Perú debe permitir reformar y optimizar los mecanismos Para el desarrollo de los pueblos. No se puede mantener el estatus quo, donde determinados sectores son beneficiarios de mejores condiciones de vida mientras que otros sectores por la diferencia cultural en su forma de interacción colectiva son postrados a la miseria y a la desigualdad, lesionando gravemente la dignidad humana.
83. Basta otear en el contexto comparado para advertir que los pueblos con sociedades multiculturales han resuelto sus problemas reivindicando a las minorías sobre todo aquellas que emanan de culturas milenarias, como ocurre con los pueblos indígenas y nativos de la Sierra y Amazonía del Perú. En los Estados Unidos, los indios Miami los seminoles, en el Canadá, y en los grandes países industrializados estas poblaciones reciben un trato digno y forman parte del desarrollo de manera inclusiva.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

84. Cada país es una realidad, es verdad, pero ello no puede significar la desatención o el trato desigual o la violencia jurídica de conminar a estas sociedades a estandarizar sus formas colectivas a la sociedad occidental, sino todo lo contrario, lo que nos corresponde hacer es implementar políticas públicas inclusivas que dentro de sus propios contextos permitan el desarrollo armónico de todos, solo así lograremos que la paz social se convierte en un derecho fundamental y además permita la gobernabilidad y la superación de las ideas violentistas que se engendran en el desconcierto y la discriminación.

Por estas razones, mi voto es por apoyar la sentencia del colegiado en razón que se trata de un avance en el reconocimiento del derecho a la consulta previa, sin perjuicio de exhortar al parlamento realice las modificaciones legales pertinentes para estandarizar los procedimientos conforme a la normativa y jurisprudencia internacional.

S.

GUTIÉRREZ TICSE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOMÍNGUEZ HARO

En el presente caso, considero necesario precisar que, más allá que se haya notificado o no a la parte demandante de las concesiones mineras, tal cual la sentencia examina; lo cierto es que a efectos de la afectación de los derechos invocados se advierte que ninguna de las referidas concesiones ha significado en realidad una intervención directa ni materialización concreta alguna.

En este caso, las comunidades demandantes cuestionan las concesiones mineras contenidas en las resoluciones que obran a folios 24 a 164. No obstante, no se aprecia que en la demanda se haya acreditado concretamente la manera en que la emisión de la concesión minera habría afectado directamente a la comunidad demandante. Es más, se aprecia que la comunidad campesina ha convivido con dichas concesiones por periodos superiores a los 5 años llegando, incluso, a los 18 años (f. 156), pero a pesar de ello no han demostrado la supuesta afectación directa. Más aún, debe considerarse que la sola emisión de la concesión no autoriza a las empresas mineras, ahora titulares de la concesión, realizar intervención alguna en el territorio de la comunidad. De hecho, como lo han expuesto los demandados, para iniciar los procesos de exploración y explotación se requiere una serie de autorizaciones y permisos.

La presente decisión tiene implicancias claras. No descarta que mediante una concesión minera se pueda afectar directamente a los pueblos indígenas, sin embargo, en este caso en concreto tal afectación directa no ha sido acreditada ni tampoco se puede desprender del expediente. Desde luego, todo esto no implica que las comunidades campesinas, en virtud de su propiedad territorial, tengan la facultad de autorizar o no el ingreso de personas extrañas a su comunidad. Así, las personas que requieran ingresar a la propiedad campesina tendrán que ser autorizadas.

En consecuencia, en la medida que no se ha acreditado que las concesiones mineras cuestionadas incidan directamente en los derechos colectivos de la parte demandante, debe desestimarse la demanda.

S.

DOMÍNGUEZ HARO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente voto porque, si bien comparto lo finalmente decidido en la ponencia, considero relevante efectuar algunas consideraciones adicionales, no sin antes relieves que la sentencia reconozca apropiadamente que la consulta previa a las comunidades indígenas es un derecho fundamental. En ese sentido, me referiré a los siguientes puntos: i) retos actuales relativos a la protección de los derechos de los pueblos indígenas; ii) la concesión y el momento en que debe efectuarse la consulta; iii) situación actual de las concesiones cuestionadas.

i) Retos actuales relativos a la protección de los derechos de los pueblos indígenas

En relación con el primer punto, advierto que la ponencia destaca diversos problemas de carácter histórico asociados con la postergación en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Ciertamente, la discusión sobre el estatus de las personas que integran estas comunidades se ha realizado respecto de diversas problemáticas. Sin embargo, deseo precisar que las reflexiones que se van a formular en este voto se relacionan, de forma específica, con el ejercicio del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, y ello en la medida en que lo que se discute en la presente controversia es sobre los alcances del derecho a la consulta previa, libre e informada.

Sobre ello, resulta evidente que la distinta cosmovisión del mundo que caracteriza a estas comunidades ha despertado cierta sorpresa en la configuración de nuestros principales cuerpos normativos, ya que el entendimiento de lo que supone la idea de propiedad ha estado asociado, por lo general, a una postura distante de las tradiciones ancestrales de las comunidades indígenas [consultar, sobre ello: Basadre, Jorge (2022). Perú: Problema y posibilidad y otros ensayos. Lima: Taurus, p. 193].

Ahora bien, esta dificultad de compatibilizar los principios propios del constitucionalismo liberal en el entendimiento de lo que implica la propiedad en los pueblos indígenas no es propia de la época republicana. Al respecto, se ha recordado que, desde la época virreinal, los integrantes de las comunidades indígenas se caracterizaron por tener una larga tradición como litigantes, ya que las disputas legales más comunes giraban en torno al límite de sus tierras, sea en los inconvenientes con las haciendas o, como también ocurría, con otras comunidades. Esto generaba que sus líderes tuvieran que conocer detalladamente las leyes vigentes sobre esta clase de materias [Aljovín, Cristóbal (2000). Caudillos y Constituciones. Lima: Fondo de Cultura Económica y Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 182].

En los inicios de la república también se advierten los diversos inconvenientes para definir a las personas que se consideraban como integrantes de los pueblos indígenas. Se ha recordado, sobre este punto, que en estos periodos las definiciones raciales eran



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

notablemente fluidas, por lo que las personas se movían entre categorías borrosas creadas por el Estado. En ese contexto, la contribución que se imponía a los denominados “indios” fue una forma de asegurar las definiciones étnicas en el Perú, y fue la base de las relaciones entre el Estado y la sociedad [Walker, Charles (2021). De Túpac Amaru a Gamarra. Cusco y la formación del Perú republicano. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 231 y 232].

Ahora bien, se ha recordado, a propósito de nuestra historia republicana, que la Constitución de 1920 fue la primera en reconocer constitucionalmente a las comunidades indígenas. Se trató, pues, de una declaración que inició una época no solo en la historia jurídica, sino también en la historia social y económica del Perú, y que obedecía al contexto de avance en temas relativos a derechos sociales, algo propio de la época [Ramos, Carlos (2015). Ley y Justicia en el Oncenio de Leguía. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 68]. Ahora bien, este avance normativo no supuso siempre una mejora en los hechos, ya que las comunidades seguían expuestas a potenciales vulneraciones de sus derechos a la propiedad, lo cual se vinculaba con la pervivencia de un sistema cuasi-feudal y a la constante reducción de sus tierras [Sánchez, Luis Alberto (1987). El Perú: retrato de un país adolescente. Lima: Peisa, p. 105].

Las discusiones actuales en torno a los alcances y contenido del derecho a la consulta previa grafican, de forma nítida, que la situación de los pueblos indígenas dista de ser óptima. El Perú moderno integrado al sistema internacional, tanto en la consagración de los derechos fundamentales como en el comercio mundial, debe contar, promover y proteger la fuerza creadora de sus culturas ancestrales, vivificadas en sus comunidades indígenas. En tal sentido, el Tribunal Constitucional cumple una función garantista de derechos en favor de todos los peruanos sin exclusión ni discriminación de ninguna clase, como parte de aquella “promesa de la vida peruana” de la que son responsables los diferentes estamentos de la sociedad [se puede consultar, sobre ello: Basadre, Jorge (2022) Perú: problema y posibilidad y otros ensayos. Lima: Taurus, p. 571 y ss.].

Ciertamente, es deber de los poderes públicos el brindar reglas claras y específicas que permitan a las comunidades saber en qué momento articular el uso de las herramientas e instituciones que el ordenamiento les dispensa en el escenario en que identifiquen alguna conducta que afecte su derecho a la propiedad. Sin embargo, este es aun un asunto pendiente. Señalaba Víctor Andrés Belaúnde que “la cuestión social del Perú es la cuestión indígena; ningún pueblo puede renunciar a su destino y el del Perú es resolverla” [En: García Belaúnde, Domingo y Gonzáles, Osmar (2007). Víctor Andrés Belaúnde. Peruanidad, contorno y confín. Lima: Fondo Editorial del Congreso, p. 189].

En efecto, la adecuada tutela de los derechos de los pueblos indígenas es, todavía, un asunto pendiente de resolver. Ahora bien, corresponde al Tribunal Constitucional, en el marco de su función pacificadora, coadyuvar en la labor de identificar aquellas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

soluciones que, en el marco de lo permitido por la Ley Fundamental peruana, desarrollen un enfoque multicultural de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas

ii) La concesión y el momento en que debe efectuarse la consulta

Un segundo punto sobre el cual considero relevante efectuar algunas consideraciones adicionales es el relativo a la cuestión de si la realización de la consulta resulta o no exigible antes del otorgamiento de la concesión. Ahora bien, deseo precisar que comparto lo indicado en la ponencia, en el sentido que la consulta previa, libre e informada respecto de las comunidades indígenas no tiene necesariamente que efectuarse antes del otorgamiento de la concesión.

En el modelo peruano, las concesiones tienen un reconocimiento constitucional. El artículo 66 señala que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, y que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares. En lo que respecta a las concesiones, se señala que estas otorgan a su titular un derecho real sujeto a dichas normas legales. Al respecto, el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería precisa que la concesión en asuntos mineros otorga a su titular el derecho de exploración y explotación de los recursos naturales concedidos.

Ahora bien, respecto a la discusión de si la realización de la consulta previa, libre e informada debe efectuarse, necesariamente, antes o después de la concesión el propio tratado que ha reconocido este derecho, el cual es el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, dispone que la activación de este derecho se debe efectuar en el caso de afectaciones de carácter directo. Al respecto, el artículo 6.1.a de este instrumento establece que los gobiernos “deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

Resulta evidente que, para determinar el momento en que la consulta debe ser efectuada, es fundamental precisar el alcance del término “afectación directa”. Ahora bien, propiamente no existe una definición institucional a nivel internacional de lo que implica este nivel de intervención, por lo que debe analizarse cada caso específico para evaluar si es que la medida adoptada por el Estado ha generado, o no, una afectación de ese tipo. No todas las legislaciones podrán ser evaluadas en los mismos términos, ya que, dependiendo de cada ordenamiento interno, la concesión puede variar en relación con los derechos y facultades que brinda a su titular. De este modo, es conveniente analizar el modelo peruano, a fin de explorar en qué medida el otorgamiento de una concesión puede generar (o no) una afectación directa a los derechos de las comunidades indígenas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

Al respecto, el artículo 2 de la Ley de Consulta Previa dispone que el deber de realizar la consulta se activa respecto de las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. También se refiere al deber de consultar respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que generen ese mismo impacto. De forma más concreta, el Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa, precisa que “se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de dichos pueblos”.

Ciertamente, estos dispositivos legales no delimitan, de forma específica, el momento en que debe activarse la consulta. Para ello, corresponde examinar la normativa infralegal que, al desarrollar estos conceptos, plantea la problemática de la oportunidad de su realización. Al respecto, el artículo 1 de la Resolución Ministerial 254-2021-MINEM-DM, que establece los procedimientos administrativos del subsector minero sujetos a la Consulta Previa, dispone que

El proceso de consulta previa se puede iniciar una vez emitida la certificación ambiental correspondiente, y hasta antes de la autorización de los procedimientos indicados en el artículo 1 de la presente norma, conforme al siguiente detalle:

a) La Oficina General de Gestión Social inicia con las acciones correspondientes a la etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios, previo pedido de remisión a la autoridad ambiental competente del instrumento de gestión ambiental aprobado que incluya información descrita por el titular minero respecto a la identificación de la posible afectación de derechos colectivos, conforme a lo dispuesto en la sexta disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785.

b) Presentada la solicitud correspondiente al procedimiento administrativo materia de consulta previa, la Dirección General de Minería solicita a la Oficina General de Gestión Social implementar el proceso de consulta previa, desde la evaluación de posibles afectaciones de derechos colectivos en adelante.

En el caso de exploración minera, el proceso de consulta previa se inicia luego del Informe que determina que el ámbito geográfico del proyecto minero se encuentra dentro de los alcances de la Ley N° 29785, elaborado por la Dirección General de Minería, y hasta antes de la aprobación de la autorización de actividades de exploración.”

Se aprecia que, de acuerdo con la normatividad vigente, el momento específico de la iniciación de la consulta es el de la emisión de la certificación ambiental respectiva. Esto implica que, en nuestro ordenamiento, el solo otorgamiento de la concesión no produce efectos jurídicos directos o inmediatos en el territorio de las comunidades indígenas, por lo que disponer que sea este el momento de la realización de la consulta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

no solo resulta prematuro, sino también inconveniente desde un punto de vista técnico, ya que se estaría sometiendo a consulta una propuesta inacabada, y cuyos beneficios aun no podría ser debidamente proyectados.

De este modo, en el modelo peruano las discusiones que se han desarrollado en relación con el concepto de “afectación directa” se vinculan más con la problemática de la realización de consultas respecto de normas legales, ya que, existen diversas leyes que, pese a que se prevé que sean aplicadas a nivel nacional, pueden, sin embargo, tenían algún nivel de incidencia en los derechos de las comunidades indígenas. No sorprende, por ello, que en el derecho comparado existan pronunciamientos de tribunales que pretenden establecer criterios que permitan precisar qué tipo de normas legales deben ser sometidas a consulta y cuáles no.

En el caso de actos o resoluciones administrativas, la situación resulta diferente. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en reconocer que no existe dificultad para identificar un escenario de afectación directa cuando se trata de resoluciones administrativas, ya que esta clase de actos se caracterizan, generalmente, por su nivel de especificidad [*cf.* Sentencia recaída en el expediente 00022-2009-PI, fundamento 19]. Ahora bien, el hecho que un acto administrativo sea fácilmente identificable, no implica que también sea sencilla la evaluación del momento en que se debe efectuar la consulta. Para ello, resulta pertinente examinar el marco jurídico vigente a nivel nacional con la finalidad de analizar qué clase de conductas, a propósito del otorgamiento de una concesión, puedan generar alguna afectación directa a las comunidades indígenas.

Ahora bien, es importante precisar que existen diversos pronunciamientos de organismos internacionales que también han abordado esta problemática. En efecto, a nivel del sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado, en el conocido caso Saramaka, que la realización de la consulta debe ser previa a una concesión [Corte IDH. Saramaka vs. Surinam, párr. 126]. Este criterio también ha sido compartido por el Relator de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual ha señalado que las consultas y acuerdos con los pueblos indígenas sobre un proyecto extractivo deben tener lugar antes que el Estado autorice, o una empresa realice, o se comprometa a realizar, cualquier actividad relacionada con el proyecto dentro de un territorio indígena [Relator de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Informe de 1 de julio de 2013, A/HRC/24/41, fundamento 67].

En todo caso, la existencia de estos pronunciamientos no revela que exista alguna clase de consenso internacional respecto del momento preciso de efectuar la consulta, más aun si, como es usual, las legislaciones nacionales de los Estados difieren en relación con las etapas y procedimientos para el otorgamiento de concesiones. En el modelo peruano, como se ha advertido, las concesiones, por lo general, no afectan de manera



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

directa algún derecho que puedan titularizar los pueblos indígenas. De este modo, como puede ocurrir en otros ordenamientos, si la concesión generara, por sí sola, que el titular tuviese autorización para desplegar actividades que incidan en el territorio de las comunidades, no existe controversia alguna respecto de la posibilidad de cuestionar la falta de la realización de la consulta. Sin embargo, en este caso se aprecia que la realización de esta clase de actos aun se encuentra supeditada a actuaciones administrativas posteriores.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puedo dejar de advertir que, según el artículo 89 de la Constitución, se reconoce el derecho de las comunidades a la libre disposición de sus tierras, y ello se supedita al marco que la ley establece. En efecto, según la referida disposición constitucional

[l]as Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, **dentro del marco que la ley establece**. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior (énfasis no corresponde al texto original).

Advierto, de esta manera, que según la Constitución, la disposición y uso de las tierras se desarrolla dentro del marco que la ley establece. Esto implica que es el legislador el principal llamado a configurar los escenarios específicos que, por la especial incidencia que generan en las comunidades, activan el derecho de consulta. Sin embargo, como ya se precisó, la normatividad de rango legal vigente no precisa de forma certera aspectos esenciales que conciernen al derecho a la propiedad de las comunidades, como ocurre ciertamente con el momento en que debe efectuarse la consulta. Así, la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, más allá del deber que impone a las autoridades estatales respecto del asesoramiento y acompañamiento en todas las fases del procedimiento, no prevé un momento específico en el que se active la consulta. Como se ha podido apreciar, dicha regulación se encuentra en normatividad de jerarquía infralegal, lo cual puede afectar la predictibilidad de las reglas aplicables a estos procedimientos, por lo que resulta recomendable que los poderes públicos evalúen la posibilidad de insertar esta clase de precisiones en normas con jerarquía de ley.

Ahora bien, este déficit en parte se aborda con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Consulta Previa, el cual dispone que las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por lo que las instituciones u organizaciones representativas pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que, según consideran, les afecta directamente. De este modo, corresponde a las autoridades identificar todas aquellas medidas que puedan afectar directamente a las comunidades, y garantizar la apertura de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

un proceso de consulta previa, libre e informada. De hecho, en virtud de dicha exigencia legal, existen sectores del Estado que han identificado el momento en que debe efectuarse la consulta⁸⁹. Por ejemplo, en el sector minero se dispone lo siguiente:

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

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

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

Finalmente, en el sector eléctrico, se prevé que las medidas administrativas objeto de consulta previa son las siguientes:

⁸⁹ Cuadro elaborado por la Organización Internacional del Trabajo. Se puede consultar, en la página 15, en el siguiente enlace:
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4097371/wcms_821384.pdf?v=1675804474



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

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

Se aprecia, en virtud de lo expuesto, que, en cumplimiento de lo ordenado en la Ley de Consulta Previa, los sectores involucrados han aprobado normatividad orientada a identificar el momento en que debe realizarse el procedimiento respectivo. Del mismo modo, ello acredita que el otorgamiento de una concesión es solo una fase más dentro de lo que sería la probabilidad de la activación de algún proyecto en el territorio de las comunidades indígenas. Ciertamente, se otorga un derecho real a favor del titular, pero este solo lo coloca en una actuación expectante, a la espera que se realicen y aprueben los trámites correspondientes por parte de la administración, los cuales, evidentemente, pueden ser desestimatorios en algunos escenarios. Es por ello que no considero que la consulta deba realizarse en un momento previo al otorgamiento de la concesión.

iii) Situación actual de las concesiones cuestionadas en el presente caso

En el presente caso, la parte recurrente refiere que las 27 concesiones mineras otorgadas se sobreponen al 92.03 % del territorio de la comunidad demandante y que les suscita especial preocupación la concesión de la empresa Mightiam Cusco Resources SAC, cuyo personal ya ha ingresado en la comunidad para coordinar la realización de prospecciones.

Ahora bien, al contestar la demanda, el Ministerio de Energía y Minas ha precisado -y ello no se ha desvirtuado por la parte demandante- en un escrito de fecha 22 de octubre de 2022, que de las 27 (veintisiete) concesiones cuestionadas, se encuentran vigentes 7 (siete), por lo cual se ha producido la sustracción de la materia.

Deseo precisar que, respecto de las concesiones que ya no se encuentran vigentes (20), no existe la necesidad de un pronunciamiento de fondo, ya que, como he precisado en este voto, la consulta no debe ser realizada necesariamente de forma previa al otorgamiento de la concesión. En efecto, de haber existido una conclusión diferente, el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, se encontraba facultado de exhortar a las autoridades demandadas a que no vuelvan a incurrir en los actos que generaron la interposición de la demanda. Al no ser este el caso, no corresponde examinar la validez respecto del otorgamiento de las concesiones que ya no se encuentran vigentes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03326-2017-PA/TC
APURÍMAC
COMUNIDAD CAMPESINA DE ASACASI
REPRESENTADA POR HIPÓLITO
TARAPAQUI CUÑAS (PRESIDENTE)

Ahora bien, en el caso de las 7 concesiones vigentes, como ya se ha demostrado, no era exigible la realización de la consulta, ya que su otorgamiento no implica una afectación directa a los derechos de los pueblos indígenas. De hecho, de la revisión de los actuados se puede constatar que las resoluciones aprobadas en los expedientes de petitorios mineros se encargan de precisar que el otorgamiento de la concesión no autoriza al titular a desarrollar labores de exploración y explotación del territorio.

En todo caso, en virtud del procedimiento establecido en la Ley de Consulta Previa, las comunidades que se sientan afectadas por alguna medida futura tienen habilitados los mecanismos pertinentes ante las autoridades administrativas respectivas, y, de no ser dichos reclamos amparados, también existe la posibilidad de presentar un reclamo a nivel judicial.

También considero importante enfatizar que no comparto lo señalado en la ponencia, en el sentido que el deber de publicitar el otorgamiento de concesiones depende de un acto de naturaleza normativa de las autoridades estatales. En efecto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales demanda, de forma directa, que se articule un proceso de diálogo entre las partes involucradas, a fin que se garantice la adopción de medidas que puedan satisfacer las pretensiones de ambas. Ello no puede depender, a efectos de su exigibilidad, de la adopción de medidas a futuro por parte del Estado. Ciertamente, una reglamentación puede brindar mayores detalles sobre la forma y el modo en que dicha actividad puede desenvolverse. Sin embargo, es la sola omisión de haber efectuado dicho comunicado lo que debe ser objeto de evaluación en esta sentencia. En ese sentido, lo que corresponde es, en todo caso, que se exhorte a que, a futuro, los parámetros establecidos en la sentencia puedan ser aplicados de forma inmediata y a los casos de otorgamientos de concesiones que se encuentren en trámite, sin perjuicio de la posterior reglamentación que pueda adoptar la administración.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ