

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º  
03066-2019-PA/TC, recurso de amparo constitucional  
sobre consulta previa a las comunidades aimaras Chila  
Chambilla y Chila Pucará

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

Adriana Sofia Castro Valle

ASESOR:  
Renato Antonio Constantino Caycho

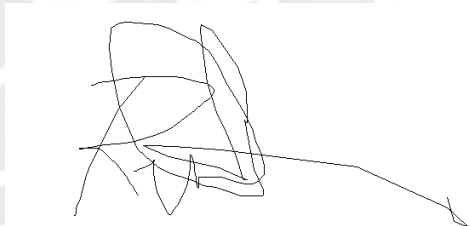
Lima, 2023

## Informe de Similitud

Yo, RENATO ANTONIO CONSTANTINO CAYCHO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º 03066-2019-PA/TC, recurso de amparo constitucional sobre consulta previa a las comunidades aimaras Chila Chambilla y Chila Pucará", del autor / de la autora ADRIANA SOFIA CASTRO VALLE, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- 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, 14 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> CONSTANTINO CAYCHO, RENATO ANTONIO	
DNI: 46049208	Firma:
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-5721-1541">https://orcid.org/0000-0002-5721-1541</a>	

## RESUMEN

Las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará interpusieron un Recurso de Amparo Constitucional (RAC) frente a las concesiones mineras otorgadas a la empresa Cemento Sur S.A, sin haberse realizado el proceso de consulta previa. El Tribunal Constitucional (TC) lo declaró improcedente, debido a que, en su opinión, la consulta previa no es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de 1993. Asimismo, en sus votos singulares, los magistrados Miranda Canales y Ferrero Costa, señalaron que el derecho a la consulta previa no comprende el otorgamiento de concesiones mineras, debido a que no representa riesgo para las comunidades involucradas.

Frente a ello, se analizó si es que, según los estándares que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COLDH) ha establecido en su jurisprudencia y lo dispuesto en diferentes instrumentos jurídicos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convenio 169 de la OIT, entre otros), la consulta previa aplicaba para este caso. Asimismo, se examinó por qué los magistrados del TC, en virtud del control de convencionalidad, estaban obligados a aplicar dichos estándares en su fallo interno, y si es que el actual planteamiento de la consulta previa en Perú cumple los estándares señalados. Como resultado se estableció que dicho planteamiento vulnera los estándares planteados por la COLDH en relación con la consulta previa, y obstaculiza casos como el de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucara, cuya aplicación se demandó desde la concesión de su territorio. Asimismo, se evidenció la deficiente aplicación del control de convencionalidad en el caso.

### Palabras clave

Pueblos indígenas, consulta previa, control de convencionalidad

## *ABSTRACT*

The Chila Chambilla and Chila Pucará communities filed a writ of Amparo (constitutional protection) against the mining concessions granted to Cemento Sur S.A, without the prior consultation process. The Constitutional Court (TC) declared it inadmissible, stating that prior consultation is not a fundamental right enshrined in the 1993 Political Constitution. Additionally, in their individual votes, magistrates Miranda Canales and Ferrero Costa stated that the right to prior consultation does not include the granting of mining concessions, as it does not pose a risk to the communities involved.

Therefore, it was analyzed whether, according to the standards established by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in its jurisprudence and the provisions of different international legal instruments (American Convention on Human Rights, ILO Convention 169, among others), prior consultation applied to this case. Likewise, it was examined why the TC magistrates, under the control of conventionality, were obligated to apply these standards in their internal ruling, and whether the current approach to prior consultation in Peru meets the standards indicated. As a result, it was established that this approach violates the standards set by the IACHR regarding prior consultation and obstructs cases such as those of the Chila Chambilla and Chila Pucara communities, whose application has been demanded since the granting of their territory. Additionally, deficient application of conventionality control was evidenced in the case.

## *Keywords*

Indigenous peoples, prior consultation, conventionality control

## TABLA DE ABREVIATURAS

BDPI: Base de Pueblos Indígenas y Originarios del Ministerio de Cultura

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CoIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

C169OIT: Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

CP1993: Constitución Política de 1993

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DNUDPI: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

DADPI: Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Reglamento de la Ley de Consulta previa: Decreto Supremo N° 001-2012-MC

EIA: Estudios de Impacto Ambiental

INGEMMET: Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero

Ley N° 29785: Ley de Consulta Previa

LPAG: Ley de Procedimiento Administrativo General

MINCU: Ministerio de Cultura

MINEM: Ministerio de Energía y Minas

OEA: Organización de los Estados Americanos

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONU: Organización de Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

RAC: Recurso de Amparo Constitucional

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

TC: Tribunal Constitucional

## ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO .....	1
I. INTRODUCCIÓN .....	2
1.1. Justificación de la elección de la resolución .....	2
1.2. Presentación del caso y análisis .....	2
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	3
2.1. Antecedentes.....	3
2.2. Hechos relevantes del caso .....	4
2.2.1. Las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará .....	4
2.2.2. Las concesiones mineras en Puno.....	4
2.2.3. Adjudicaciones del territorio de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará.....	4
2.2.4. Proceso judicial en sede nacional.....	5
2.2.5. Recurso Constitucional de Amparo.....	5
2.2.6. Hechos posteriores al fallo del TC .....	6
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS .....	6
3.1. Problema principal .....	6
3.2. Problema secundario.....	6
3.3. Problema complementario.....	7
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A .....	7
4.1. Respuestas preliminares al problema principal y secundario .....	7
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	7
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS .....	7
5.1. Con respecto a las concesiones de minería no metálica en territorio de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, ¿corresponde aplicar la consulta previa, según los estándares de la CoIDH?.....	7
5.1.1. El derecho a la protección de la propiedad comunal indígena .....	8
5.1.3. La obligación del Estado peruano de garantizar el derecho de consulta de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará .....	10
5.1.4. Aplicación del derecho a la consulta en el caso de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará.....	11
5.1.4.1. La consulta debe ser realizada con carácter previo .....	13
5.1.4.2. La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo .....	14
5.1.4.3. La consulta adecuada y accesible.....	16
5.1.4.4. Estudio de Impacto ambiental y social .....	17
5.1.4.5. La consulta debe ser informada .....	17
5.1.5. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno .....	18

5.1.6.	Conclusión .....	19
5.2.	En el caso de las comunidades Chilla Chambilla y Chila Pucará, ¿debieron los magistrados del TC aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? .....	19
5.2.1.	Origen y contenido del control de convencionalidad según la ColDH .....	19
5.2.2.	¿De qué manera se habría aplicado el control de convencionalidad por parte de los magistrados del TC en el caso de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará? .....	22
5.2.3.	Conclusión .....	23
5.3.	¿El actual planteamiento de la consulta previa en Perú cumple los estándares internacionales de la ColDH? .....	24
5.3.1.	¿Cuál es el planteamiento de la consulta previa en la legislación nacional? .....	24
5.3.2.	¿El planteamiento de la consulta previa en la legislación nacional cumple los estándares que ha establecido la ColDH sobre la materia? .....	25
5.3.3.	Conclusión .....	27
VI.	CONCLUSIONES.....	28
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	29



## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	EXP. N.° 03066-2019-PA/TC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Internacional de los Derechos, Derecho Constitucional, Derecho de Pueblos Indígenas
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Expediente N° 00163-2016-0-2101-SP-CI-01
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Comunidad Chila Chambilla (Juli, Puno) Comunidad Chila Pucará (Juli, Puno)
DEMANDADO/DENUNCIADO	Instituto Minero Metalúrgico (INGEMET) Ministerio de Energía y Mina (MINEM)
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Constitucional (TC)
TERCEROS	Cemento Sur S.A. (empresa minera)
OTROS	-

## I. INTRODUCCIÓN

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

En Perú, existen 55 pueblos indígenas (51 en la Amazonía y 4 en los Andes) (MINCU, 2023). Esto demuestra que en el país conviven diferentes culturas que requieren la aplicación de medidas legislativas desde un enfoque intercultural, con el fin de garantizar sus derechos colectivos y prevenir conflictos. Pese a ello, hasta marzo de 2023, la Defensoría del Pueblo señala que el 64.3% (142 casos) de los conflictos son de carácter socio ambiental, de los cuales el 66,9% (95 casos) están vinculados a actividades mineras (2023, pp.20-21). En este contexto, el derecho a la consulta previa, reconocido por primera vez en el C169OIT, y desarrollado por la DNUDPI, juega un rol clave en la defensa territorial de los pueblos indígenas en el país.

Así, el análisis del EXP. N. ° 03066-2019-PA/TC permite discutir la importancia del derecho de la consulta previa desde dos ejes. En primer lugar, permite cuestionarnos la aplicación de la consulta previa, a la luz de estándares internacionales, y el control de convencionalidad en las cortes nacionales. En segundo lugar, abre las puertas a preguntarnos si es que el actual planteamiento de la consulta previa en el ordenamiento nacional respeta dichos estándares internacionales. Finalmente, consideramos que argumentar por qué el fallo del EXP. N. ° 03066-2019-PA representa un retroceso histórico en la materia, a su vez, significa reforzar las garantías sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas del país.

### 1.2. Presentación del caso y análisis

Las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará cuestionaron las concesiones mineras no metálicas, Chilachambilla I y Chilachambilla II, otorgadas a la empresa Cemento Sur S.A sin haberse realizado el proceso de consulta previa. En primera y segunda instancia se declaró improcedente la causa, debido a que los juzgados consideraron que las comunidades demandantes no habían agotado la vía administrativa, y debido a que no habían acreditado su pertenencia a un pueblo indígena. Del mismo modo, cuestionaron el carácter de peligro inminente que representa el otorgamiento de las concesiones sobre su territorio ancestral, debido a que no se habían iniciado actividades de exploración, ni extracción. Asimismo, el TC declaró improcedente el RAC, debido a que, en su opinión, la consulta previa no es un derecho fundamental consagrado de manera explícita o tácita en la CP1993, por lo que no se podía interponer el recurso señalado. Cabe señalar que, en sus votos singulares, los magistrados Miranda Canales y Ferrero Costa detallaron el fondo del asunto, y señalaron que el derecho a la consulta previa no comprende el otorgamiento de concesiones mineras, debido a que no representa riesgo para las comunidades involucradas.

Frente a ello, se analizará si en el caso planteado aplica la consulta previa, con base en los estándares de la ColDH en la materia, y por qué los magistrados del TC, en virtud del control de convencionalidad, están obligados a aplicarlos en fallos internos. Del mismo modo, se analizará si es que el actual planteamiento de la consulta previa en Perú cumple los estándares señalados. Así, se establecerá que dicho planteamiento vulnera los estándares planteados por la ColDH, y obstaculiza su aplicación en casos como el de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucara,

cuya aplicación se demandó desde la concesión de su territorio. Asimismo, se evidenciará la deficiente aplicación del control de convencionalidad en materia de consulta previa. De ese modo, se demostrará por qué el fallo del EXP. N.º 03066-2019-PA representa un retroceso histórico para los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en el país.

Para ello, se utilizará jurisprudencia de la ColDH, vinculada a consulta previa (Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Caso Yakye Axa vs. Paraguay, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, entre otros) y control de convencionalidad (Caso Gelman vs. Uruguay, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, entre otros). Así como, tratados de derechos humanos (CADH, C169OIT, DNUDPI, entre otros) y legislación nacional (Ley N.º 29785 y su Reglamento, entre otros). Del mismo modo, se utilizará doctrina especializada en la materia.

## II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

### 2.1. Antecedentes

El movimiento indígena organizado fue el que impulsó la promulgación de la Ley N.º 29785, el 7 de septiembre de 2011. Este impulso se dio como resultado del conflicto en Bagua (Amazonas), sucedido el 5 de junio de 2009, que dejó 33 muertos, 200 heridos y 1 desaparecido (Cavero, 2011, p.7). Este conflicto enfrentó a los pueblos indígenas y el Gobierno nacional por la promulgación de los Decreto Legislativos 1090 y 1064 que proporcionaban la base legal para privatizar los bosques comunales y facilitar actividades extractivas (Goldin, 2011). Así, este episodio desembocó en diferentes propuestas legislativas sobre consulta previa: la propuesta de la Defensoría del Pueblo presentada días después del conflicto señalado, la propuesta de la Mesa N.º 3 de Consulta del Grupo Nacional de Desarrollo de la Amazonía- concertada entre organizaciones indígenas amazónicas y el Poder Ejecutivo-; y la propuesta de organizaciones indígenas amazónicas y andinas del Grupo de Diálogo Nacional Post Bagua – que buscó enriquecer la anterior (CNDDHH, 2012, p.15).

Finalmente, aunque las propuestas señaladas fueron canalizadas en el dictamen de la Comisión de Pueblos Indígenas del Congreso, se aprobó el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, que, si bien poseía una mirada garantista del derecho, no tomaba en consideración otros aspectos. Por ejemplo, las organizaciones indígenas representativas, agrupadas en el Pacto de Unidad, señalaron que el Viceministerio de Interculturalidad no debía **ser “juez y parte” durante el proceso de consulta previa; por el contrario, se debía contar con una “Institución Indígena Autónoma” que diera seguimiento a los reclamos y acuerdos** (CNDDHH, 2012, p.16). Pese a las diferentes críticas, decidieron continuar con el proceso de reglamentación, con el objetivo de que estas sean escuchadas (CNDDHH, 2012, p.16). Aunque el Reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-2012-MC, del 02 de abril de 2012, las organizaciones indígenas señalaron que el Estado había actuado de mala fe, dado que los talleres fueron limitados y no recogieron sus críticas (CNDDHH, 2012, p.16). Esto se evidencia, por ejemplo, en el artículo 6 y 24 del Reglamento. El primero da pie a que la consulta previa se lleve a cabo solo cuando las actividades de exploración y explotación inicien, mas no desde la etapa de concesiones. Mientras que, el segundo artículo indica que el plazo máximo de consulta- para las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo- es solo de 4 meses (120 días). Es

decir, no solo limita el ámbito de aplicación de la consulta previa, sino también el espacio temporal para llevarla a cabo.

Estas limitaciones, se ven reflejadas en el caso bajo análisis, pues las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucara señalan que se debió llevar el proceso de consulta desde la etapa de concesiones. Especialmente, porque estas representan el 65% de su territorio, según el expediente de sede judicial N° 00163-2016-0-2101-SP-CI-01. Sin embargo, todas las instancias, al referirse al fondo del asunto, han señalado que la consulta previa, en virtud del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, no se aplica desde la etapa de concesión, debido a que esta no verifica un riesgo inminente para la comunidad. Así, el TC no solo descalificó el carácter fundamental del derecho a la consulta previa, sino que también inaplicó el control de convencionalidad y los estándares internacionales en la materia para interpretar la aplicación de la consulta previa, como veremos en el desarrollo del informe.

## 2.2. Hechos relevantes del caso

### 2.2.1. Las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará

Las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará se encuentran reconocidas en la BDPI del MINCU, creada mediante Resolución Ministerial No. 202-2012-MC. Esta permite, según lo estipulado en el artículo 8 de la Ley de Consulta Previa, identificar a los titulares del derecho a la consulta. Así, como lo señala la BDPI, las comunidades señaladas pertenecen al pueblo indígena aimara, y se encuentran ubicadas en la región de Puno, provincia de Chucuito, distrito de Juli. Fueron reconocidas en 1977 como comunidades campesinas mediante R.J. 049-77-AE-ORAMS-VIII y R.J. 037-77-AE-ORAMS-VIII. Igualmente, según la BDPI (s.f.), sus tierras se encuentran tituladas desde 1994. Dato relevante para establecer la titularidad de las comunidades con respecto a ejercer su derecho a la consulta.

### 2.2.2. Las concesiones mineras en Puno

Según Cooperación (2022) las concesiones mineras ocupan el 14,69% del territorio nacional (18'928,461.82 hectáreas). Además, señala que las regiones con más territorio concesionado son Apurímac (49,9%), Moquegua (49,6%), y La Libertad (48,7%). Puno posee el 24,1% de territorio concesionado, lo que equivale a 6'789, 166.38 hectáreas, y 4336 concesiones.

En el caso concreto, las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará se ubican en el distrito de Juli, provincia de Chucuito, región de Puno. Según el INGEMMET (2010) en la provincia de Chucuito existen recursos no metálicos como arcilla, caliza, piedra Laja e ignimbritas. El distrito de Juli se caracteriza, especialmente, por la ocurrencia de caliza, ignimbrita y piedra laja. Cabe señalar que las concesiones no mineras, en territorio de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, fueron otorgadas a la empresa Cemento Sur S.A., actual Cal & Cemento Sur S.A., cuya actividad principal es la producción y comercialización de cemento, y cal (Calcesur, s.f.).

### 2.2.3. Adjudicaciones del territorio de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará

Las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará cuestionan las concesiones mineras no metálicas contenidas en las Resoluciones Jefaturales 0427-2005-INACC/J, del 18 de octubre de 2005, y 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005, otorgadas por el INGEMMET, a la empresa Cemento Sur S.A. A la fecha, las comunidades campesinas han convivido con las concesiones Chilachambilla I y Chilachambilla II, aproximadamente, por 18 años.

#### 2.2.4. Proceso judicial en sede nacional

En la apelación de primera instancia, el 27 de febrero de 2017, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno determinó que la falta de inclusión de la empresa Cementos Sur S.A. como litisconsorte necesario, siendo la titular de la concesión, impedía emitir un fallo sobre el fondo del caso. En consecuencia, se declaró la nulidad de la sentencia apelada y se anuló todo lo actuado. Además, se ordenó llevar a cabo una nueva calificación de la demanda.

Tras la anulación de todo lo actuado, se presentó una nueva demanda ante el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito-Juli de la Corte Superior de Justicia de Puno el 26 de mayo de 2017. En la contestación de la demanda, el INGEMMET argumentó que las comunidades no habían demostrado ninguna vulneración o amenaza inminente dentro de su territorio que justificara su demanda. El 18 de mayo de 2018, el Juzgado emitió una sentencia de primera instancia que declaró improcedente la demanda. El Juzgado indicó que las comunidades podían recurrir a la vía contencioso-administrativa.

Posteriormente, en segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno confirmó la decisión apelada el 1 de julio de 2019. En su fallo, sostuvo que los demandantes no habían demostrado su pertenencia a un pueblo indígena. Consideraron que la titularidad del derecho a la consulta previa debe estar plenamente probada, ya que la mayoría de las comunidades campesinas en las zonas andinas no son reconocidas como indígenas. Además, señalaron que la Ley del Derecho a la Consulta Previa, su Reglamento y el C169OIT, no establecen que la consulta previa abarque los actos anteriores a la exploración o explotación.

#### 2.2.5. Recurso Constitucional de Amparo

Finalmente, las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucara interpusieron un RAC en contra del INGEMMET, y el MINEM. En este se solicitó la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Señalaron que las concesiones mineras ocupan más del 50% de cada una de las comunidades demandantes. Asimismo, recalcaron que no se llevó a cabo el procedimiento de consulta previa. El 20 de enero de 2022, el TC declaró improcedente el recurso interpuesto. Esta instancia consideró que el derecho a la consulta previa no es un derecho fundamental, porque no se encuentra previsto, de manera explícita o tácita, en la CP1993, por lo que no puede ser interponer un RAC.

Si bien la sentencia declara improcedente el RAC, los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Ferrero Costa señalan que el derecho a la consulta previa no comprende el otorgamiento de concesiones mineras, puesto que en esta etapa no se acreditan riesgos para las comunidades nativas. En ese sentido, reiteran lo señalado por el Juzgado de segunda instancia: el Reglamento de la Ley de Consulta Previa indica que la consulta previa a los pueblos indígenas no abarca los actos previos a la exploración o explotación. Es decir, no abarca la etapa de concesión. Mientras que los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa – Saldaña Barrera señalan que el otorgamiento de concesiones es un acto administrativo que afecta directamente a las comunidades campesinas demandantes, puesto que modifica su situación jurídica con respecto al derecho de propiedad, y debe ser interpretada conforme al C169OIT y la Ley de la Consulta Previa.

#### 2.2.6. Hechos posteriores al fallo del TC

Posteriormente, a partir del 23 de marzo de 2022, 18 comunidades campesinas del distrito de Juli se levantaron en paro indefinido, como medida de protesta frente a la sentencia emitida por el TC. El presidente de la comunidad Chila Chambilla, declaró:

***“Nos movilizaremos en la ciudad de Juli, exigiendo al Tribunal Constitucional enmendar la sentencia que niega la consulta previa a los pueblos indígenas como derecho fundamental. Nuestra población rechaza la sentencia del tribunal. Y de no tener respuesta favorable, tomaremos medidas indefinidas”*** (Meneses, 2022)

El paro indefinido tuvo como premisas la reestructuración del Tribunal Constitucional y la anulación de las concesiones mineras otorgadas a la minera Cemento Sur S.A. Como resultado, lograron pactar una mesa de diálogo con el gobierno de turno, del expresidente Pedro Castillo, para el 8 de abril de 2022. Sin embargo, no se lograron mayores acuerdos para revertir la situación. Asimismo, diferentes instituciones se pronunciaron en contra de la sentencia, entre ellas, la Defensoría del Pueblo y el MINCU. Igualmente, el Instituto de Defensa Legal (IDL), parte de la defensa de las comunidades, comunicó al relator especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, Francisco Calí Tzay, sobre la situación acaecida (Wayka, 2022).

### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

#### 3.1. Problema principal

Con respecto a las concesiones de minería no metálica en territorio de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, ¿corresponde aplicar la consulta, según los estándares de la CoIDH, de manera previa al otorgamiento de dichas concesiones?

#### 3.2. Problema secundario

En el caso de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, ¿debieron los magistrados del TC aplicar Derecho Internacional?

### 3.3. Problema complementario

¿El actual planteamiento de la consulta previa en Perú cumple los estándares interamericanos?

## IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

### 4.1. Respuestas preliminares al problema principal y secundario

En cuanto a la primera y segunda pregunta, consideramos que sí corresponde aplicar consulta previa, con base en los estándares interamericanos de la CoIDH, antes del otorgamiento de concesiones. La ejecución de la consulta previa debió ser ordenada por los magistrados del TC en virtud del control de convencionalidad sobre la materia.

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

Nos encontramos en contra del fallo en el EXP. N. ° 03066-2019-PA, pues representa un retroceso histórico para los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en el país. Los principales puntos de crítica son los siguientes: a) la inaplicación de los estándares de la CoIDH sobre consulta previa en detrimento del territorio ancestral de las comunidades aimaras demandantes, y en favor de industrias extractivas como la minería; b) la inaplicación del control de convencionalidad sin ser pasible de repercusiones; y c) el vago planteamiento de la Ley y Reglamento de la Consulta Previa que, desde sus antecedentes, ignoró los aportes de las organizaciones indígenas representativas a nivel nacional.

## V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Con respecto a las concesiones de minería no metálica en territorio de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, ¿corresponde aplicar la consulta previa, según los estándares de la CoIDH?

Las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará cuestionan las concesiones mineras otorgadas a la empresa Cemento Sur S.A. Según los estándares de la CoIDH, el derecho a la consulta incluye la concesión de territorios; sin embargo, según los votos singulares de los magistrados del TC, este derecho no incluye dicha etapa, puesto que no representa peligro inminente para las comunidades involucradas.

En este apartado se desarrollará el contenido del derecho a la propiedad comunal indígena (art.21 CADH) en el caso de las Comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará. Asimismo, se tratará la aplicación del derecho a la consulta en el caso de dichas comunidades, según los estándares de la CoDIH (carácter previo, buena fe y finalidad de llegar a un acuerdo, adecuada y accesible informada, y estudio de impacto social y ambiental), en relación con las obligaciones de garantía

y respeto del Estado peruano (art. 1 CADH). Se finalizará con la obligación estatal de adoptar disposiciones de Derecho Interno (art.2 CADH).

#### 5.1.1. El derecho a la protección de la propiedad comunal indígena

La CADH no reconoce de manera explícita el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Sin embargo, ha interpretado que este derecho se desprende del derecho de propiedad privada reconocido en el artículo 21 de la CADH. En la sentencia del caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (en adelante, caso de la Comunidad Awas Tingni), la CoIDH **señaló que los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos”, cuya interpretación debe ir acorde a la evolución de las condiciones de vida actuales** (2001, párr. 146). Asimismo, en el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (en adelante, caso de la Comunidad Yakye Axa), la CoIDH señaló que la interpretación evolutiva se desprende de las reglas consagradas en el artículo 29 de la CADH. Además, indicó que no se puede limitar el goce de los derechos humanos que puedan estar reconocidos en otra convención de la que el Estado es parte (art. 29.b CADH).

Igualmente, en la OC-1/82 (“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte), la CoIDH ha señalado que, con base en el artículo 64 de la CADH, podrá abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicado en la protección de los derechos humanos de un Estado miembro del sistema interamericano (párr.21, 1982). Adicionalmente, en la OC-17/2002 (“Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”) la CoIDH señaló que puede interpretar tratados que no provengan del mismo sistema regional de protección, con el objetivo de contribuir a la aplicación

En este sentido, en el caso de la Comunidad Yakye Axa, la CoIDH señala que al analizar los alcances del artículo 21 de la CADH es apropiado utilizar el Convenio 169 de la OIT como parte de la evolución del corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la materia (2005, párr.127- 128). Es decir, se toma el C169OIT como parte del corpus juris internacional que permite fijar el contenido y los alcances del derecho a la propiedad contenido en el artículo 21 de la CADH a favor de los pueblos indígenas. Como lo afirmó la CoIDH en el caso de la Comunidad Awas Tingni, el artículo 29.b de la CADH prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos, por lo que se debe adoptar la interpretación de la propiedad comunal del C169OIT (2001, párr. 117). Aquello, en tanto amplía el entendimiento clásico de la propiedad privada, inicialmente planteado en el artículo 21 de la CADH.

Además, en el caso de la Comunidad Awas Tingni, la CoIDH señaló que los pueblos indígenas sostienen una tradición comunitaria sobre la propiedad de la tierra, debido a que la pertenencia de esta se centra en el grupo y no en el individuo (2001, párr.149). Asimismo, en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador (en adelante, caso del Pueblo Kichwa de Sarayacu), la CoIDH precisó que para la existencia de una protección efectiva del derecho a la propiedad es necesario que se reconozcan las versiones específicas desprendidas por la cultura, usos y costumbres de cada pueblo (2012, párr.145). Adicionalmente, la CoIDH señaló que la protección del derecho a la propiedad comunal es necesaria para garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas, debido al uso tradicional de los recursos naturales que existen en sus territorios (2012, párr.145).

En ese sentido, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (en adelante, caso de la Comunidad Sawhoyamaxa), la CoIDH precisa que, en tanto los recursos naturales son su principal medio de subsistencia y constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, el artículo 21 de la CoIDH también comprende la protección de esta vinculación (2006, párr.118). Igualmente, en el caso de la Comunidad Yakye Axa, la CoIDH señaló que el derecho a la propiedad, en el caso de pueblos indígenas, debe ser interpretada acorde con el vínculo subjetivo que estos desarrollan con su territorio y los recursos naturales, vinculados a su cultura, presentes en dicho espacio (2005, párr.137).

Es importante señalar que la CoIDH interpretó en el caso Ivcher Bronstein Vs. Perú que el término **“bienes”, al que hace referencia el numeral 1 del artículo 21 de la CADH**, incluye tanto a elementos materiales como inmateriales (200, párr.122). Esto es recogido por el caso de la Comunidad Awastingni para señalar que la privación del uso y goce de sus bienes, tanto materiales- recursos naturales- como inmateriales –vinculación subjetiva con su territorio-, pueden constituir una violación al derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas (2001, párr. 144).

Asimismo, en el caso Comunidad Yakye Axa, la CoIDH señaló que, si bien el artículo 21, numeral 1, de la CAH establece que las leyes pueden subordinar el uso y goce de los bienes al interés social, las restricciones no se entienden en un sentido amplio. Pues, no es suficiente que estas restricciones sean contempladas en una ley, sino que dependerá que estén orientadas a satisfacer **un “interés público imperativo”, y no, solamente, un propósito útil u oportuno (párr.145, 2005)**. Además, señala que los Estados deben tomar en cuenta que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas no solo está vinculado con la supervivencia organizada y con el control de su hábitat, sino que es una condición necesaria para reproducir su cultura, liderar su desarrollo y ejecutar sus planes de vida (párr.146, 2005). Así, en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la CoIDH señaló que la emisión de concesiones en territorio de pueblos indígenas no debe implicar la denegación de su subsistencia en ambos sentidos (párr.129, 2007).

En el caso de Perú, este ratificó mediante Decreto Ley N. ° 22231, el 11 de julio de 1978, durante el Gobierno de Francisco Morales Bermúdez, la CADH. Asimismo, aceptó la jurisdicción de la CoIDH el 21 de enero de 1981. Además, ratificó el C169OIT el 2 de febrero de 1994. Adicionalmente, ha desarrollado una amplia legislación en torno a la propiedad de comunidades nativas y campesinas, forma bajo la cual están reconocidos los pueblos indígenas en la CP1993 (artículo 38 y 39).

Esta situación facilita la identificación de las obligaciones del Estado peruano con respecto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y la interpretación que debe seguir la CoIDH con respecto a las disposiciones de la CADH. Como se señaló, con base en el artículo 29, inciso b, la CoIDH no puede limitar los derechos que el Estado haya reconocido en otra convención de la cual es parte. En este caso, Perú es parte del C169OIT, por lo que, para no vulnerar las normas de interpretación que ha establecido la CADH, la CoIDH está facultada a interpretar el artículo 21 de la CADH a luz de dicho Convenio (Parte II. Tierras).

#### 5.1.2. La relación especial de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará con su territorio

En el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku, la CoIDH señaló que para determinar la existencia de la relación de las comunidades indígenas con su territorio se debe observar lo siguiente: a) que la

comunidad pueda expresarse según los elementos característicos del pueblo indígena al que pertenezca y b) que la relación con el territorio sea posible (párr. 148, 2012).

En el primer caso, el caso citado recoge lo señalado en el caso Comunidad Yakye Axa, y señala que la expresión cultural del pueblo indígena se puede ver reflejada en rituales, arte, conocimientos de usos tradicionales sobre recursos naturales, valores, entre otros (2005, párr. 154). En cuanto al segundo aspecto, según lo señalado en el caso de la Comunidad Sawhoyamaxa, la relación con la tierra se manifiesta, entre otras actividades, a través de la caza, pesca, y recolección. Por lo que, si los individuos del pueblo indígena realizan poca o ninguna de dichas actividades tradicionales, debido a causas ajenas a su voluntad, se entenderá que el vínculo se ha visto impedido (2006, párr.132).

En el presente caso, si bien no está en duda la propiedad de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, pues ambas comunidades se encuentran registradas en la BDPI y su titulación data de 1994, es pertinente desarrollar los requisitos planteados en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku. Aquello con el objetivo de determinar la existencia de la relación de las comunidades indígenas con su territorio. El abogado defensor de dichas comunidades, José Chata, de la Asociación Civil Derechos Humanos y Medio Ambiente (DHUMA), declaró en entrevista con RPP (2021), que ambas son comunidades eminentemente agropecuarias, por lo que cualquier restricción en cuanto al uso de sus tierras podría afectar su subsistencia económica. Sin embargo, enfatizó que la afectación más grave sería a nivel espiritual, pues su vínculo con la Pachamama, o Madre Tierra, según la cosmovisión aimara, se vería afectada si es que ingresan actividades económicas extrañas a las comunidades, como la minería.

Asimismo, el teniente-gobernador de la Comunidad Chila Pucara, declaró a un medio independiente (2022), a la salida de una reunión con la congresista Margot Palacios, que sus principales actividades de subsistencia son la agricultura y la ganadería. Agregó que esas **actividades son “su vida, su sangre, con lo que educan a sus hijos”, y que “con esas hierbas” se curan**, por ejemplo, de enfermedades como el Covid-19, pandemia en la que ningún miembro de la comunidad falleció. Además, señaló que las concesiones ponen en riesgo su sobrevivencia, **debido a la eventual escasez de recursos naturales en su territorio: “la flora y la fauna, ¿dónde se va a encontrar, ahora?”**.

En ese sentido, la vinculación de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará con su territorio se ve reflejada en a) el uso tradicional de los recursos naturales presente en su territorio con fines de subsistencia (agricultura y ganadería), y salud (plantas medicinales). Así como, b) en la relación posible con su territorio, evidenciado en las actividades mencionadas.

#### 5.1.3. La obligación del Estado peruano de garantizar el derecho de consulta de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará

La CoIDH, en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayacu, señaló que el reconocimiento del derecho a la consulta es una garantía fundamental para la participación de los pueblos indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, especialmente, el derecho a la propiedad comunal. Cabe señalar que el derecho a la consulta fue recogido, inicialmente, en los artículos 6 y 7 del C169OIT, y, posteriormente, ha sido reafirmado en otros instrumentos jurídicos complementarios, como la DNUDPI, en los artículos 15, 19, 27 y 32.

En el caso concreto, el derecho a la consulta de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará deberá ser protegido con respecto a las obligaciones que plantea el artículo 1, numeral 1, de la CADH. Es decir, el Estado tiene la obligación de garantizar y respetar el pleno ejercicio y goce de los derechos que les atañen, como el derecho a la consulta. Para ello, el Estado peruano debe interpretar su normativa interna de acuerdo con las características culturales propias del pueblo aimara, y en concordancia con lo que ha planteado la CoIDH alrededor de la materia.

Como apuntan Nash y Medina, en el artículo 1, numeral 1, de la CADH se determinan dos obligaciones: respeto y garantía, las cuales son de exigibilidad inmediata en el plano internacional (2007, p.19). En el caso de la primera, los autores indican que se le exige al Estado respetar los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción, por lo que sus agentes no pueden violar lo contenido en la CADH (2007, p.19). Mientras que, en el segundo caso, el Estado debe garantizar el ejercicio y goce de los derechos contenidos en la CADH, para lo cual debe emprender las acciones pertinentes con este fin (2007, p.19).

En ese sentido, los autores señalan que en el caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, la CoIDH señaló que la obligación de garantía implica que los Estados organicen todo el aparato gubernamental para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos (1988, párr.166). Igualmente, señaló que esta obligación encierra el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de la CADH (1988, párr.166). Asimismo, precisan que dicha obligación no se cumple solo con su cumplimiento en el plano formal, sino que se requiere una materialización de las disposiciones normativas (1988, párr.167). En materia de pueblos indígenas, la CoIDH ha reiterado, en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayacu, lo señalado en el caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Indicó que la obligación de garantía implica que el Estado **organice “adecuadamente todo el aparato gubernamental”, con el objetivo de llevar a cabo efectivamente, de acuerdo** con los estándares internacionales, la consulta a pueblos indígenas (2012, párr.166).

En ese sentido, es preciso señalar que el deber de prevención es el que se activa, principalmente, en los casos de consulta a pueblos indígenas. Puesto que es relevante que el Estado garantice materialmente el cumplimiento de la normativa relativa a la consulta, dispuesta a nivel interno, con respecto a los estándares dispuestos por la CoIDH. **Como señalan Nash y Medina, el Estado “no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias”, es decir, a cumplir la obligación de respeto.** Además, **“debe emprender acciones positivas” (2007, p.20)**, relativas a la obligación de garantía. Por ejemplo, asignación de presupuesto, especialistas en la materia, capacitaciones a operadores de justicia, etc. Entonces, como señala en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku, si bien la obligación de respeto implica que la normativa interna, relativa a la consulta, sea aplicada, oportunamente, en todas las fases que implique la ejecución de esta (párr.167, 2012), no será suficiente si es que no se garantiza materialmente aquel derecho.

#### 5.1.4. Aplicación del derecho a la consulta en el caso de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará

Se ha establecido que los derechos de los pueblos indígenas, en el sistema interamericano y, específicamente, en el caso de Perú, son interpretados a la luz del C169OIT. En ese sentido, el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, según la CoIDH, está protegido por el artículo 21 de la CADH a la luz del C169OIT. A partir de ello, la CoIDH construye el contenido del derecho a la consulta. De ese modo, en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayacu, la CoIDH basó su razonamiento alrededor del derecho a la propiedad comunal y la protección que este requiere.

Señala que la participación de los pueblos indígenas, con respecto a las medidas que afecten su derecho a la propiedad, es una garantía fundamental y está recogida por el derecho a la consulta (2012, párr.160). Por lo que dicho derecho es necesario para garantizar la protección de la propiedad comunal indígena.

Además, la ColDH precisa, en el caso señalado, que este derecho proviene del C169OIT (art. 6, 15, 17, 22, 27 y 28) y otros instrumentos internacionales complementarios (2012, párr. 160). Por ejemplo, la DNU DPI o la DADPI que, aunque no son de carácter vinculante, son útiles para desarrollar el contenido del derecho en cuestión. Como ya se mencionó, el C169OIT es utilizado en las sentencias de la ColDH, en materia de pueblos indígenas, como parte del corpus juris del DIDH.

En el caso de Perú, la aplicación del derecho a la consulta se sustenta en el artículo 29, inciso b, de la CADH, dado que ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, y por ende, la ColDH debe interpretar evolutivamente el contenido de la misma. Además, a nivel interno, cuenta con la Ley de Consulta Previa (2011) y su Reglamento (2012), por lo que la ColDH no puede interpretar las disposiciones de la CADH en contra de las garantías ofrecidas por el Estado miembro. Sin embargo, su aplicación se problematiza en los casos de aquellos países que no han ratificado dicho instrumento, o no cuentan con normativa interna que ampare el derecho en cuestión, dado que **se estaría vulnerando el principio “pacta sunt servanda”, o el consentimiento** de los Estados Parte, al momento de ratificar la CADH. Pues, el derecho a la consulta no se encuentra en la literalidad de dicho instrumento vinculante. Por ejemplo, en el caso del Pueblo Saramaka, la ColDH aplicó el derecho a la consulta en su sentencia, pese a que Surinam no ha ratificado el C169OIT y no posee legislación interna que avale dicho derecho<sup>1</sup> (2007, párr.92).

Pese a estas dificultades, el estándar de la ColDH, con respecto a la interpretación del derecho a la consulta, ha quedado más claro en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayacu. Pues, en la parte decisoria del caso señalado, la ColDH declara responsable a Ecuador por haber infringido el derecho a la consulta, el derecho a la identidad cultural, y el derecho a la propiedad comunal a la luz del artículo 21 de la CADH en relación con las obligaciones del artículo 1.1 dispuestas por la misma (2012, párr.341). A partir de ello, la ColDH determina que la inclusión del derecho a la consulta en sus sentencias, aunque no esté consagrado explícitamente en su contenido, responde a la necesidad de proteger el derecho a la propiedad, reconocido en el artículo 21 de la CADH, interpretado a la luz del C169OIT.

De ese modo, justifica la aplicación del C169OIT a todos los Estados que han aceptado su jurisdicción, con base en la inclusión de dicho instrumento en el corpus juris del DIDH, y su **obligación de “interpretación evolutiva” que, según la ColDH, se desprende del artículo 29 de la CADH**. Además, para reforzar dicha aplicación, en el caso citado, señaló que el derecho a la consulta, aparte de ser un derecho con origen convencional, es también un principio general del Derecho Internacional (2012, párr.164). La ColDH sustenta que la mayoría de estados miembros

---

<sup>1</sup> En dicho caso, la ColDH argumentó que Surinam había ratificado el PIDCP y el PIDESC. Señaló que los artículos 1 de ambos habían sido interpretados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, el cual señaló que estos eran aplicables a casos de pueblos indígenas. El Comité aplicó el derecho a la libre determinación de los pueblos a la autonomía decisiva de los pueblos indígenas con respecto a su organización interna, y el uso de sus recursos naturales para la subsistencia. No obstante, la vinculación del derecho a la consulta con el concepto de libre determinación de los pueblos indígenas, se desprende, igualmente, del C169OIT que data de 1969. Cabe señalar que la interpretación del Comité es más reciente, pues data de 2003.

de la OEA han incorporado los estándares de la CoIDH en su normativa interna. Además, el reconocimiento del derecho a la consulta se ha extendido a países como Canadá y Estados Unidos, y fuera de la región, en países como Nueva Zelanda.

Así, la CoIDH argumenta que existe un desarrollo normativo y jurisprudencial generalizado del derecho a la consulta, por lo que se le puede considerar como un principio del Derecho Internacional. Dicho planteamiento se ha reiterado en casos más recientes, como el caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras de 2015 (en adelante, caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra). En dicho caso, la CoIDH reitera que el derecho a la consulta no solo se debe cumplir con base en una obligación convencional (obligación de garantía), sino que es un principio general del Derecho Internacional (2015, párr.223). En ese sentido, el derecho **a la consulta debe ser cumplido “independientemente de que esté regulado expresamente en su legislación” (2015, párr.223). Es decir, la CoIDH impone la obligación estatal de contar con mecanismos “adecuados y efectivos” en aras del cumplimiento del derecho a la consulta, pese a que este no esté desarrollado en las normativa de los Estados Parte (2015, párr.223).**

Como se señaló, esta situación resulta problemática, dado que se podría considerar como vulneradora al consentimiento inicial de los Estados sobre el contenido de la CADH y la aceptación de la jurisdicción de la CoIDH. Sin embargo, como se precisó, en el caso de Perú, no es necesario forzar la inclusión interpretativa del C169OIT a la luz de la CADH, dado que Perú ha ratificado este instrumento y posee normativa interna que avala el derecho en cuestión.

Así, en este apartado se desarrollará el contenido del derecho a la consulta, para ello se utilizarán las características que la CoIDH planteó en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayacu en 2012. Los cuales fueron reiterados en el caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras (en adelante, caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz) en 2015: a) carácter previo de la consulta, b) buena fe y a finalidad de llegar a un acuerdo, c) consulta adecuada y accesible, d) estudio de impacto ambiental y e) la consulta informada (2012, párr.178; 2015, párr.162).

Cabe recalcar que, en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayacu, la CoIDH señaló que el incumplimiento de la consulta, o su ejecución sin la observancia de estas características, resulta en responsabilidad internacional de los Estados (2012, párr.177). Como se señaló, el Estado vulneraría las obligaciones de garantía y respeto. Igualmente, la CoIDH señaló en dicho caso que es deber del Estado, y no de los pueblos indígenas, **demostrar “efectivamente”** que todas las dimensiones de la consulta sean garantizadas (2012, párr. 179).

#### 5.1.4.1. La consulta debe ser realizada con carácter previo

El artículo 15.2 del C169OIT señala que los Estados deben llevar a cabo la consulta a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier actividad de prospección y exploración. Aunque no se menciona explícitamente la etapa de concesión, la CoIDH ha precisado ello en su jurisprudencia. En la sentencia del caso del Pueblo Saramaka, la CoIDH señaló que la consulta debe realizarse en las primeras etapas del proyecto, de acuerdo con las tradiciones de los pueblos indígenas, y no cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad (2007, párr.133). Así, enfatizó que el Estado no puede concesionar tierras de pueblos indígenas hasta que hubiese cumplido con tres garantías: participación efectiva, beneficios compartidos, y evaluaciones previas de impacto ambiental y social (2007, párr. 146).

Además, en dicho caso, la CoIDH señaló que el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de los pueblos indígenas, a menos que entidades de carácter técnico e independiente, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental (2007, párr.129). De hecho, la CoIDH señaló que Surinam era responsable por no garantizar, de manera previa y de manera efectiva, la participación del pueblo Saramaka respecto de las concesiones madereras autorizadas dentro de su territorio (2007, párr.147). Igualmente, en el caso Pueblo Kichwa de Sarayacu, la CoIDH señaló que llevar a cabo de manera previa la consulta, permite que la discusión interna de la comunidad se realice en un margen temporal adecuado para emitir una respuesta oficial al Estado (2012, párr.180).

En el caso de las comunidades Chilla Chambilla y Chila Pucará no se realizó alguna forma de consulta, de manera previa, a la concesión de su territorio. De hecho, durante la audiencia pública el abogado de la contraparte, cuestionó la identidad aimara de las comunidades (DHUMA, 2022). Aquello, con el objetivo de señalar que, en tanto no pertenecían a un pueblo indígena, entonces no eran titulares del derecho a la consulta. Sin embargo, este argumento es rebatible, en tanto las comunidades señaladas se encuentran reconocidas por la BDPI del MINCU desde 1977, y sus tierras están tituladas desde 1993.

Igualmente, en el caso concreto, ninguna de las tres garantías, señaladas en el caso del Pueblo Saramaka, se cumplió, debido a que el INGEMMET otorgó las concesiones de manera unilateral, bajo la premisa que las comunidades no pertenecían a un pueblo indígena. Además, es relevante señalar que la CoIDH no se limita a solicitar un estudio de impacto ambiental, sino también un estudio de impacto social sobre las comunidades que se verían afectadas. Esto es clave porque, como se señaló, los pueblos indígenas poseen un vínculo subjetivo con su territorio, por lo que cualquier afectación en el ambiente también repercute a nivel de organización social y en sus modos de vida.

#### 5.1.4.2. La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo

En cuanto a la finalidad de llegar un acuerdo, no existe una línea jurisprudencial clara por parte de la CoIDH. Inicialmente, planteó que no solamente era necesario llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas, sino que era necesario obtener consentimiento en ciertos casos. Posteriormente, la CoIDH no ha reiterado dicho estándar, y se ha limitado a señalar que la finalidad del derecho a la consulta es llegar a un acuerdo con el pueblo indígena afectado.

En la sentencia del caso del Pueblo Saramaka, si bien la CoIDH señaló que la consulta tiene como fin llegar a un acuerdo con el pueblo indígena afectado (2007, párr. 133), planteó excepciones. Así, en aquellos casos en los que se trate de planes de inversión o desarrollo a gran escala se exige obtener un consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas afectados. **Es decir, la CoIDH plantea una diferenciación entre “consentimiento” y “consulta” (2007, párr. 134).**

Dicho estándar, a su vez, es tomado en el Informe del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, en 2009. Señala que un efecto directo y considerable en la vida los pueblos indígenas amerita obtener consentimiento (2009, párr. 47). Aunado a las excepciones que se precisan en el caso del Pueblo Saramaka, señala que la DNUDPI, adoptada en 2009, en sus artículos 10 y 29.2, reconoce dos situaciones en las que el consentimiento es mandatorio: traslado de pueblos indígenas fuera de su territorio y almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en su territorio (2009, párr.47).

Pese a ello, Anaya afirmó que el consentimiento no otorga el poder de veto a los pueblos indígenas, sino que plantea la obligación de realizar procesos de consulta que tengan como principal objetivo llegar al consenso de todas las partes interesadas (2009, párr. 48). Además, precisa que el consentimiento libre, previo e informado es un principio guía, conexo al deber estatal de celebrar consultas previas, que busca oponerse a modelos históricos que han impuesto decisiones forzadas sobre los territorios de pueblos indígenas (2009, párr. 48-49).

Así, con base en lo señalado en el caso *Saramaka vs. Surinam*, en el caso *Pueblo Kichwa de Sarayaku* los representantes de las víctimas solicitaron que, aparte de las medidas solicitadas por **la CIDH, se le ordene al Estado que la garantía del derecho a la consulta previa “incluya el respeto al derecho al consentimiento libre, previo e informado” (2012, párr.287)**. Sin embargo, la respuesta de la CoIDH fue limitada. Únicamente señaló **que la consulta no se trata de un “mero trámite formal”, sino que debe ser ejecutada como un verdadero instrumento de participación, con el objetivo de entablar un diálogo respetuoso que tenga como resultado consenso (2012, párr.186)**.

Cabe destacar que, como señala María Barros, el consentimiento implica un estándar más alto que el derecho a la consulta (2019, p.154), por lo que es un término problemático. En ese sentido, en los últimos años se ha evidenciado una evolución en la interpretación del derecho a la consulta y el consentimiento. En 2013, James Anaya, esta vez como Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, retomó en su informe sobre industrias extractivas y pueblos indígenas la controversia en torno al consentimiento. Señaló que los Estados deberán realizar consultas, de buena fe, con el objetivo de obtener consentimiento libre e informado, especialmente, en los casos de explotación de recursos minerales (2012, párr.4). Sin embargo, reiteró que el consentimiento no implicaba el poder de veto de los pueblos indígenas. Por lo que, disenta de lo planteado en la DADPI (artículo XVIII), adoptada en 2016, pues entiende que el consentimiento, tal cual se plantea en dicho instrumento, equivaldría a un posible veto de los pueblos indígenas en cuanto a proyectos de explotación de recursos naturales ubicados en territorios indígenas (2012, p.20).

Esta indeterminación se acentúa porque en el C169OIT, único instrumento internacional vinculante en la materia, no se hace referencia al consentimiento. Se limita a señalar, en su artículo 7, que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo, en tanto afecte su bienestar y modos de vida. Sin embargo, aunque no es explícito, en este tratado se encuentran los antecedentes inmediatos del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, que recién será recogido en instrumentos no vinculantes venideros como la DNUDPI (art.3, 2009) y la DADPI (art. III, 2016). Entonces, aunque la libre determinación de los pueblos indígenas, según estos instrumentos, se entiende como la potestad que estos tienen para determinar libremente su condición política y su desarrollo económico, social y cultural, es insuficiente. Pues, con base en estos, no se puede determinar la exigencia del consentimiento en todos los casos de consulta.

Entonces, pese a que el estándar de la CoIDH con respecto a la finalidad de llegar a un acuerdo no es claro por lo señalado, se puede interpretar de acuerdo con las coincidencias existentes en otros instrumentos internacionales y opiniones expertas. Así, se entiende que el consentimiento será exigible en determinados casos de consulta que involucren desplazamientos, desechos tóxicos, y proyectos a gran escala en territorio indígena, con especial énfasis en los proyectos extractivos.

En el caso de Perú, el artículo 15 de la Ley de Consulta Previa, y el artículo 23 de su Reglamento, señalan que la decisión final del proceso de consulta corresponde a la entidad estatal competente. Es decir, la decisión final con respecto a la ejecución de la medida corresponde al MINCU, aunque el pueblo indígena no esté de acuerdo con la decisión. Además, precisan que la decisión es de carácter obligatorio para ambas partes, y, en caso no haya acuerdo, el Estado deberá garantizar los derechos fundamentales y colectivos del pueblo indígena, y sus individuos. La única posibilidad de manifestar su desacuerdo es dejando constancia en el Acta de Consulta, pero no poseen mayor capacidad de acción. Cabe señalar que el término consentimiento se utiliza como equivalente al término acuerdo, tanto en la Ley de Consulta Previa y en su Reglamento (art.3 de la Ley, y art.5 del Reglamento). Asimismo, no se precisan las excepciones que califican como causales para exigir consentimiento en el proceso de consulta.

Así, pese a que el Estado peruano no ha diferenciado adecuadamente la consulta y el consentimiento, ha establecido que la decisión final sobre el proceso de consulta le corresponde. Lo que favorece, en última instancia, a la parte con más recursos en el proceso. Es decir, las empresas extractivas. Un claro ejemplo es el caso bajo análisis, puesto que el INGEMMET refiere a lo largo del proceso que, en caso proceda la consulta, esta deberá realizarse antes de iniciarse la exploración. Antes de esta etapa minera, no se evalúa la situación del pueblo indígena y si la actividad implica desplazamiento, manipulación de desechos tóxicos o proyectos a gran escala. En el caso de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, alrededor del 50% de su territorio fue concesionado, por lo que- de iniciarse actividades de exploración o explotación- podría significar un desplazamiento forzoso. Lo cual, a la luz de lo señalado, implicaría una consulta que tenga como objetivo lograr el consentimiento por parte de las comunidades afectadas.

#### 5.1.4.3. La consulta adecuada y accesible

En la sentencia del caso Pueblo Kichwa de Sarayaku, la CoIDH señaló que los estados deben consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos adecuados, y a través de sus instituciones representativas (2012, párr. 201). Ahora, en dicho caso también señaló que la consulta no tiene un único modelo de procedimiento, sino que debe entenderse con referencia a la finalidad de esta (2005, párr.202). Así, indicó que se debe tener en cuenta el contexto nacional y de los pueblos indígenas afectados con respecto a la naturaleza de las medidas a ejecutarse (2005, párr.202). Igualmente, en el caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, la CoIDH señaló que el Estado debe incluir al pueblo indígena desde las primeras etapas de planificación del proyecto, con el objetivo de que los pueblos indígenas puedan ejercer su participación de manera efectiva (2015, párr.160).

En el caso de la Comunidad Yakye Axa, la CoIDH señaló que, con base en la obligación de garantía (art. 1.1 CADH), los Estados deben asegurar que los trámites de los pueblos indígenas para el reclamo de sus tierras cuenten con procedimientos simples y accesibles (2005, párr.102). Además, señaló que los órganos técnicos a su cargo deben poseer las capacidades técnicas y de ejecución para una oportuna respuesta en el marco de estos procesos, y así garantizar una posibilidad real a los pueblos afectados (2005, párr.102). En este sentido, los trámites relativos a la consulta de pueblos indígenas deben poseer dichas características. Es decir, contar con organismos técnicos especializados, con capacidad de ejecución, que garanticen respuestas oportunas a las solicitudes de consulta presentadas. Se entiende que no se deberán presentar barreras geográficas, o burocráticas para la realización de estos trámites.

En el caso de las Comunidades Chilla Chambilla y Chila Pucará, se debió efectuar la consulta desde el inicio de las actividades para que puedan tener una participación e influencia efectiva en el devenir de este. Ello incluye la etapa de concesión, dado que esta afecta la seguridad jurídica de la propiedad comunal, y abre las puertas a que se realicen estudios de impacto ambiental- que pueden afectar sus modos de vida- de cara a un futuro proyecto. Así, el inicio de actividades no se limita a la exploración y explotación del territorio, sino todas las actividades que contribuyen a la planeación del proyecto, incluidas las medidas administrativas para conseguir las concesiones.

#### 5.1.4.4. Estudio de Impacto ambiental y social

El artículo 7, numeral 3, del C169OIT señala que los Estados tienen la obligación de garantizar que se efectúen estudios para evaluar la incidencia social, cultural y ambiental con respecto a las actividades de desarrollo previstas en territorios de pueblos indígenas. Asimismo, precisa que dichos estudios deben contar con cooperación de los pueblos involucrados. Si bien los estudios de impacto ambiental son aquellos que los Estados suelen garantizar con más énfasis- dado que los daños ambientales son los más tangibles-, las evaluaciones de carácter social son clave para determinar la afectación del vínculo espiritual de los pueblos indígenas con su territorio.

En ese sentido, la sentencia del caso Pueblo Kichwa de Sarayaku señaló que los estudios de impacto ambiental deben tomar en cuenta las tradiciones de las comunidades, y deben ser efectuadas antes de las concesiones (2012, párr.206). Esto evidencia la vinculación de la dimensión ambiental con la dimensión social, y la necesidad de aplicar estudios antes de ejecutar cualquier medida administrativa que pueda afectar la organización social de los pueblos indígenas. Así, la CoIDH señaló que la obligación de garantía de los Estados (art.1.1) implica que sean consultados por asuntos que pueden afectar su vida cultural y social, de acuerdo con sus formas de organización y costumbres (2012, párr.217). Igualmente, en el caso Pueblo Saramaka, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de los pueblos indígenas, a menos que entidades de carácter técnico e independiente, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental (2007, párr.129).

En el caso concreto, el TC señaló que las actividades de exploración y explotación eran las únicas pasibles de estudios de impacto ambiental. Por lo que, las concesiones otorgadas por INGEMMET a Calcesur S.A. no eran objeto de consulta. Sin embargo, como se señaló, la CoIDH ha establecido que los estudios de impacto ambiental deben realizarse de manera previa a las concesiones porque estas pueden afectar el modo de vida de los pueblos indígenas, y alterar el vínculo único que poseen con sus territorios. Inclusive, afectar su subsistencia, porque se podrían afectar los recursos naturales que utilizan tradicionalmente para sobrevivir. Además, es importante recalcar que el TC, no tomó como punto controvertido la obligación de realizar un estudio social sobre la concesión de las comunidades Chilla Chambilla y Chila Pucará. Así, se interpreta que el daño ambiental es prioritario con respecto a posibles afectaciones espirituales y de subsistencia sobre el territorio, porque estas últimas aún no se han visibilizado adecuadamente en el esquema jurídico nacional.

#### 5.1.4.5. La consulta debe ser informada

En la sentencia del caso Pueblo Kichwa de Sarayaku, la CoIDH señaló que la consulta debe ser informada. Es decir, que los pueblos indígenas deben conocer los posibles riesgos del plan de

desarrollo o inversión a llevarse a cabo, inclusive los riesgos ambientales y de salud (2012, párr.208). Asimismo, en dicho caso la ColDH precisó que los estudios de impacto ambiental deben ser terminados antes de las concesiones otorgadas a privados, puesto que esto garantiza el derecho del pueblo indígena a ser informado sobre el desarrollo del proyecto a ser llevado en su territorio (2012, párr.206). La ColDH precisa que este tipo de estudio debe incluir la afectación acumulada de proyectos anteriores, aunados a las consecuencias de una eventual ejecución del proyecto consultado (2012, párr.206).

#### 5.1.5. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

El artículo 2 de la CADH establece la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de Derecho Interno para armonizar su normativa con lo dispuesto por la CADH, y de acuerdo con sus procedimientos constitucionales. Como señalan Nash y Medina, esta disposición genera dos consecuencias: la primera es que los Estados no produzcan legislación interna que sea contraria a lo reconocido en la CADH; y la segunda es que está obligado a legislar a favor del desarrollo interno de lo dispuesto por dicho instrumento jurídico (2007, p.28). Es decir, a partir de la legislación interna se debe precisar la aplicación de los derechos consagrados en la CADH, y desarrollados jurisprudencialmente por la ColDH. Igualmente, en el caso *Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, la ColDH señaló que las medidas legislativas no deben crear condiciones para que se violen los derechos consagrados en la CADH. **Es decir, no se deben “otorgar márgenes amplios de discrecionalidad” a los operadores (1997, párr.51).**

En el caso concreto, Perú ha dispuesto una serie de leyes relacionadas a la consulta y la propiedad comunal de los pueblos indígenas. Las más relevantes son la Ley de Consulta Previa (2011), y su Reglamento (2012). Cabe señalar que el artículo 2 de la Ley de Consulta Previa indica que este procedimiento se aplica en caso de medidas administrativas o legislativas que afecten directamente los derechos colectivos de pueblos indígenas. Igualmente, en el caso *Tuanama Tuanama (EXP. N.º 0022-2009-PI/TC)*, el TC ha definido a la afectación directa como aquella que **“produce cambios relevantes y directos en la situación jurídica” de los pueblos indígenas (2009, párr.13)**. En ese sentido, se puede afirmar que las concesiones constituyen una afectación directa, en tanto la empresa Cemento Sur S.A. puede disponer del territorio ancestral de las comunidades demandantes con fines de exploración y explotación minera. Así, aunque estas actividades requieran de estudios de impacto ambiental según la normativa ambiental vigente, estas se producirían sin haberle consultado a las comunidades si desean disponer de sus tierras previamente.

Entonces, pese a que los estándares internacionales citados establecen que la consulta previa debe aplicarse desde la concesión, puesto que es una medida que afecta directamente la seguridad jurídica de la propiedad de las comunidades demandantes, el Reglamento de la Consulta previa no es claro con respecto a ello. Por lo que da pie a interpretaciones que excluyan la concesión como objeto de consulta previa. Es decir, pese a que los estándares internacionales señalan que esta debe realizarse ante cualquier medida administrativa, sin importar su naturaleza, la figura de la concesión no está incluida explícitamente en la normativa nacional. Lo que contraviene la obligación contenida en el artículo 2 de la CADH, puesto que la normativa interna promulgada no precisa las disposiciones internacionales en la materia, y, por el contrario, da pie a vulneraciones flagrantes de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el país.

A su vez, aunque los estándares internacionales establecen que la consulta debe ser llevada a cabo de manera previa a cualquier afectación, y no cuando surja la necesidad de efectuarla, la interpretación que se le ha dado al Reglamento solo incluye como posibles momentos de afectación a las actividades de exploración y extracción. Sin embargo, la concesión es una etapa previa a estas etapas, que implica la disposición del territorio de los pueblos indígenas. Así, como señalan los estándares citados, un organismo independiente de carácter técnico debe aplicar un estudio de impacto ambiental y social durante la etapa de concesión, y no exclusivamente a las etapas de exploración y explotación.

#### 5.1.6. Conclusión

En el apartado se analizó el derecho a la propiedad comunal indígena, que- aunque no esté dispuesto de forma explícita- se desprende del derecho de propiedad privada reconocido en el artículo 21 de la CADH. La CoIDH ha interpretado que este derecho debe evolucionar y adaptarse a las condiciones de vida actuales, por lo que se ha utilizado el C169OIT como parte del corpus juris internacional que permite fijar el contenido y los alcances del derecho a la propiedad a favor de los pueblos indígenas.

Así, se resaltó que los pueblos indígenas poseen una estrecha relación con su territorio, la cual parte de la identificación cultural y cosmovisión propia que poseen sobre este. Igualmente, se señala las características que la CoIDH plantea con respecto a la consulta, tales como: carácter previo de la consulta, buena fe y finalidad de llegar a un acuerdo, consulta adecuada y accesible, estudio de impacto ambiental y social, y consulta informada. La falta de cumplimiento de la consulta previa o su ejecución sin la observancia de estas características puede resultar en responsabilidad internacional de los Estados. En conclusión, se reafirma que el Estado peruano debe respetar y garantizar el derecho a la consulta de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará. Para ello debe interpretar su normativa interna de acuerdo con las características culturales propias del pueblo aimara, y en concordancia con la jurisprudencia de la CoIDH alrededor de la materia.

#### 5.2. En el caso de las comunidades Chilla Chambilla y Chila Pucará, ¿debieron los magistrados del TC aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

En este apartado tratará el origen y contenido del control de convencionalidad, y se desarrollará su rol en el caso de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará. De ese modo, se justificará el uso del Derecho Internacional, por parte de los magistrados del TC, en el caso concreto.

##### 5.2.1. Origen y contenido del control de convencionalidad según la CoIDH

El término “control de convencionalidad” encuentra sus antecedentes en el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez sobre la sentencia del caso de Mirna Mack Chang vs. Guatemala en 2003. En este señala que el Estado debe ser concebido como un todo, por lo que no puede obligarse a la competencia de la CoIDH solo a algunos de sus órganos, y excluir del régimen convencional de responsabilidad a otros (2003, párr. 27). Principalmente, porque las **actuaciones de estos órganos se verían fuera del “control de convencionalidad”** emanado de la

CADH y las interpretaciones de la CoIDH sobre la misma (2003, párr. 27). **Agrega que la “división de atribuciones que señala el Derecho Interno” no se deberían tomar en cuenta de cara a la responsabilidad estatal emanada de la CADH y el ejercicio jurisdiccional de la CoIDH (2003, párr. 27).**

Sin embargo, no fue hasta 2006 que este concepto fue señalado explícitamente en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. En esta sentencia la CoIDH señaló que cuando los estados ratifican un tratado internacional, como la CADH, los jueces, como operadores estatales, se encuentran sujetos a esta, en tanto deben garantizar el cumplimiento de su contenido, y evitar que la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin (2006, párr. 124). Es decir, el Poder Judicial debe compatibilizar la aplicación de normas jurídicas internas y las disposiciones de la CADH. Asimismo, precisa que la interpretación que la CoIDH ha hecho sobre el contenido de la CADH también debe ser tomado en cuenta por los jueces (2006, párr. 124).

Cabe señalar que el razonamiento en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* se desprende, en parte, de la OC-14/94 (**“Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención”**). La CoIDH señala en esta opinión consultiva que, si bien no le corresponde pronunciarse sobre asuntos de orden interno del Estado, en el caso de las obligaciones internacionales, estas deben ser cumplidas con base en el principio de buena fe y no se puede invocar el derecho interno para su incumplimiento (artículos 26 y 27 de la Convención de Viena) (1994, párr. 35-36). Enfatiza que si bien es obligación de los Estados expedir medidas para proteger los derechos consagrados en la CADH, esta también comprende que no dicten medidas que violen los mismos (1994, párr. 35-36).

Igualmente, en 2006, como parte de la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, la CoIDH señaló que los órganos del Poder Judicial no solo deben ejercer control de constitucionalidad, sino también control de convencionalidad de oficio, en el marco de sus competencias (2006, párr.128). Posteriormente, en 2009, como parte de la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, la CoIDH reiteró que los jueces deben ejercer control de convencionalidad de oficio entre las normas internas, la CADH y la interpretación jurisprudencial de esta, en respeto de las competencias que el derecho interno les ha otorgado (2009, párr.340).

Sin embargo, en 2010, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la CoIDH señaló que el control de convencionalidad debe ser ejercido no solo por los jueces, sino también por todos los órganos vinculados a la administración de justicia (2009, párr. 225). Esto fue ampliado en el caso *Gelman vs. Uruguay*, pues en 2011 la CoIDH señaló que, cuando un estado es parte de CADH, todos sus órganos están sometidos a dicho instrumento, incluidos los órganos vinculados a la administración de justicia (2011, párr.193). Es decir, todos los niveles del aparato de justicia están obligados a ejercer control de convencionalidad de oficio (2011, párr.193). Si bien la CoIDH precisa que esto se da en el marco de sus competencias, y según el ordenamiento procesal interno, apertura considerablemente la aplicación de este concepto (2011, párr.193).

Además, en el caso citado, la CoIDH precisa que los jueces también están obligados a aplicar control de convencionalidad (2011, párr.193). Como señala Ibáñez, la CoIDH hace esta precisión porque en algunos Estados, como Perú, los tribunales constitucionales son órganos independientes del Poder Judicial (2017, p.59). Precisamente, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, al afirmar que todos los órganos de administración de justicia debían aplicar control de convencionalidad, la CoIDH ejemplificó una serie de tribunales constitucionales que lo

habían aplicado (Tribunal Constitucional de Perú, Tribunal Constitucional de Bolivia, Corte Constitucional de Colombia, entre otros) (2010, párr. 226-232).

Entonces, como señala Bregaglio, el control de convencionalidad implica satisfacer las obligaciones de respeto y garantía (art. 1.1 CADH), en tanto se relaciona directamente con el principio de buena fe (artículo 26 de la Convención de Viena), aplicado al cumplimiento de tratados, como la CADH (2015, p. 18). Asimismo, Salmón señala que el control de convencionalidad busca que las personas puedan encontrar justicia adecuada, dentro de sus países, desde el inicio de los procesos judiciales, en tanto se cumpla con dichas obligaciones (2013, p.525). A su vez, Ibáñez señala que el control de convencionalidad posee, principalmente, dos finalidades: prevención y fortalecimiento (2017, p.69).

En cuanto a la primera, esta se desprende del deber de prevención, contenido en la obligación de garantía (art. 1.1 CADH). Bregaglio señala que el control de convencionalidad busca desconcentrar las competencias de la CoIDH para que se pueda garantizar efectivamente la protección de los derechos humanos, desde el fuero interno, y se evite recurrir al sistema interamericano, en función al rol subsidiario de este (2015, p. 18). Asimismo, Ibáñez, siguiendo el razonamiento del juez García Ramírez en su voto del caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, señala que el control de convencionalidad evita que se genere una situación de **“incapacidad de respuesta”** desde el sistema interamericano (2017, p.70). Es decir, evita una sobrecarga de casos por violaciones de los derechos consagrados en la CADH, a nivel interno (2017, p.70). En cuanto al segundo, Ibáñez señala que es importante que se produzca diálogo entre las cortes nacionales, y entre las cortes nacionales y la CoIDH. Aquello con el objetivo que todo el aparato de justicia aplique los mismos estándares de derechos humanos, en cumplimiento de la CADH y la jurisprudencia de la CoIDH (2017, p.72).

Sin embargo, para autores como Contesse el control de convencionalidad es cuestionable, debido a que su creación responde a problemas que la CoIDH padece en cuanto falta de cumplimiento de sentencias (2017, p.32). El autor señala que el control de convencionalidad no se encuentra en normas jurídicas vigentes, o en los trabajos preparatorios de la CADH, sino que es una construcción doctrinal adoptada judicialmente (2017, p.32). Asimismo, precisa que la CoIDH, al **aplicar el control de convencionalidad, cumple la función de un “Tribunal Constitucional Latinoamericano”** (2017, p.32). Es decir, adquiere un carácter supraconstitucional que excede su autoridad, y genera que los Estados la perciban como demasiado intrusiva (2017, p.33). Recalca que la autoridad de la CoIDH es a nivel internacional, y solo se extiende a un plano constitucional cuando los estados deciden adoptar sus estándares y se movilizan políticamente en este sentido (2017, p.33). Según el autor, solo así obtendrá una verdadera legitimidad alrededor de la aplicación de los estándares de la CoIDH a nivel interno (2017, p.33).

Pese a ello, es preciso señalar que las razones de fondo que impulsaron la creación del control de convencionalidad no son relevantes, en tanto la CoIDH ha sustentado su aplicación con base en la obligación de garantía (art. 1.1 CADH), y el deber de prevención. Es decir, este concepto se aplica para evitar violaciones de derechos humanos en el fuero interno, y asegurar el rol subsidiario del sistema interamericano. Además, es preciso señalar que la CoIDH no ha prescrito un procedimiento para aplicar el control de convencionalidad, solo ha parametrado el alcance de su aplicación de cara a los ordenamientos jurídicos de cada estado miembro.

En el caso de Perú, el Artículo VIII del Código Procesal Constitucional, señala que los juzgados pueden aplicar control de convencionalidad. Es decir, la norma establece, voluntariamente, que

los juzgados peruanos aplicarán control de convencionalidad. De igual manera, el TC en el EXP. N.º 04617-2012-PA/TC (caso Panamericana Televisión S.A.) establece que dicha institución no solo debe ejercer control de constitucionalidad, sino también control de convencionalidad (2012, párr.5). Es decir, la aplicación de esta figura, a nivel nacional, está determinada de manera voluntaria. Por lo que, contrario a lo que opina Contesse, no se fuerza al Estado a aplicar este concepto, sino que se ha establecido legalmente su aplicación.

Pese a ello, es preciso señalar que un aspecto que puede resultar problemático con respecto a la aplicación del control de convencionalidad es la discrecionalidad de la administración pública. La ColDH no ha establecido jurisprudencia clara con respecto a ello. En el caso Gelman vs. Uruguay, abre la puerta a que el aparato administrativo de justicia ejerza de oficio el control de convencionalidad. Sin embargo, en Perú la administración de rige por el principio de legalidad, consagrado en el artículo IV de la LPAG, Ley No.27444. Este artículo señala que las autoridades administrativas solo pueden actuar con base en las facultades atribuidas, a través de normativa, y los fines de la misma. Es decir, no otorga discrecionalidad sobre las decisiones administrativas, contrario a lo señalado por la ColDH. Para armonizar ambas disposiciones es preciso señalar que las autoridades administrativas, a nivel interno, solo podrán actuar en el marco de sus competencias, y según el ordenamiento procesal interno. Por lo que, en caso se vulneren a nivel administrativo los derechos consagrados en la CADH, se podrá aplicar control de convencionalidad en el proceso judicial, y a nivel del Tribunal Constitucional. Así, de igual manera, se obtendrá justicia convencional desde el fuero interno, en cumplimiento de la obligación de garantía (art.1.1 CADH).

#### 5.2.2. ¿De qué manera se habría aplicado el control de convencionalidad por parte de los magistrados del TC en el caso de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará?

Para el desarrollo de este apartado, cabe señalar que Perú ratificó por Decreto Ley N.º 22231, el 11 de julio de 1978, durante el Gobierno de Francisco Morales Bermúdez, la CADH. Asimismo, aceptó la jurisdicción de la ColDH el 21 de enero de 1981. Además, ratificó el C169OIT el 2 de febrero de 1994. Igualmente, en el caso Arturo Castillo Chirinos (EXP. No. 2730-2006-PA/TC) el TC señaló que el control de convencionalidad posee una doble vertiente: a) reparadora, en tanto permite una adecuada protección a la víctima, cuyo derecho fundamental ha sido vulnerado a la luz de los estándares de la ColDH; y b) preventiva, debido a que permite que el Estado evite las **“nefastas consecuencias” institucionales que generan las sentencias de la ColDH (2006, párr.12-13).**

En el caso de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, el TC señaló que, en tanto el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido en la Constitución de 1993, de manera explícita o implícita, entonces el recurso de amparo constitucional era improcedente. Además, en los votos singulares consideró que la consulta previa no incluía la etapa de concesiones, contrario a lo expresado por la ColDH. Frente a ello, consideramos que el TC debió declarar procedente el recurso de amparo constitucional con base en la aplicación del control de convencionalidad. Dado que la ColDH, en interpretación de la CADH y el corpus juris internacional, como el Convenio 169 de la OIT que ha ratificado Perú, ha desarrollado el contenido del derecho a la consulta previa.

De ese modo, según los estándares desarrollados en la segunda sección, la ColDH debió declarar nulas las resoluciones jefaturales que otorgan las concesiones a la empresa Cemento Sur S.A., y

ordenar la ejecución del proceso de consulta a las comunidades aimaras. Asimismo, debió ordenar que esta se lleve a cabo a la luz de los estándares planteados en la jurisprudencia de la CoIDH sobre consulta previa: a) carácter previo de la consulta, b) buena fe y finalidad de llegar a un acuerdo, c) consulta adecuada y accesible, d) estudio de impacto ambiental y social, y e) consulta informada. Así, se debió interpretar la Ley de Consulta Previa, y su Reglamento, a la luz de dichas características.

De ese modo, el TC debió ordenar que la consulta se realice del siguiente modo:

- a. El Estado peruano, a través del MINCU, debió realizar la consulta, a las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, de manera previa a las concesiones otorgadas a la empresa Cemento Sur S.A.
- b. La consulta debería ser realizada de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo. Si bien el estándar de la CoIDH no es claro con respecto a la necesidad de obtener el consentimiento de las comunidades, como mínimo se debería buscar un acuerdo. Sin embargo, en caso las comunidades sean desplazadas, debido al porcentaje de tierras concesionadas (65%), se debería exigir consentimiento como resultado del proceso de consulta.
- c. La consulta debería ser adecuada y accesible. Las comunidades Chilla Chambilla y Chila Pucará se encuentran en una zona rural de Puno, y su lengua predominante es el aimara. Por lo que, el MINCU debería garantizar que el proceso se realice con intérpretes, y debería facilitar la logística para las reuniones del proceso de consulta.
- d. El Estado peruano debería garantizar la ejecución de un estudio de impacto ambiental y social por un ente técnico especializado autónomo. Las concesiones de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará no deberían realizarse hasta que los resultados de estas evaluaciones estén disponibles para las comunidades afectadas.
- e. Las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará deberían tener toda la información sobre los estudios ambientales y sociales de manera oportuna y adecuada. Es decir, la información debería estar disponible en aimara, y deberían contar un facilitador que les permita evaluar los resultados de dichos informes técnicos.

Por último, es preciso señalar que el TC no debería ordenar que los entes administrativos encargados de otorgar concesiones sean discrecionales con respecto a sus decisiones. Pues, aunque la intención es que apliquen control de convencionalidad, no existen garantías que estas facultades sean aplicadas en ese sentido. Además, se opone al principio de legalidad consagrado en la LPAG. Sin embargo, se puede armonizar lo dispuesto por la CoIDH con respecto a la convencionalidad de las decisiones administrativas. Pues, estas pueden ser cuestionadas a nivel judicial, o a nivel del Tribunal Constitucional, y garantizar justicia en el fuero interno.

### 5.2.3. Conclusión

El control de convencionalidad es un concepto establecido por la CoIDH, según el cual los jueces deben garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados derivadas de la CADH y evitar la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. Además, deben tener en cuenta las interpretaciones de la CoIDH sobre el contenido de la CADH, y ejercer control de convencionalidad de oficio, en el marco de sus competencias.

En este caso, las comunidades afectadas argumentaron que no se les consultó previamente antes de otorgar las concesiones mineras y que esto vulneró sus derechos. En este sentido, el TC debería haber aplicado el control de convencionalidad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de consulta previa, tal como se ha establecido en la jurisprudencia de la ColDH. En conclusión, los magistrados del TC debieron aplicar los estándares sobre consulta previa que se desprenden del DIDH, a través del control de convencionalidad, para garantizar el respeto a los derechos de las comunidades afectadas en el caso de las concesiones mineras no metálicas otorgadas a Cemento Sur S.A. Es preciso recalcar que la consulta previa es un derecho reconocido por la jurisprudencia de la ColDH, a partir del artículo 21 de la CADH, y los Estados tienen la obligación de garantizar su cumplimiento. Por lo que se debió declarar la procedencia del recurso de amparo, y aplicar en la decisión de fondo los estándares desarrollados por la ColDH.

### 5.3. ¿El actual planteamiento de la consulta previa en Perú cumple los estándares internacionales de la ColDH?

En el presente apartado se analizará la legislación interna relativa a la consulta previa con respecto a los estándares de la ColDH. Según dichos estándares, el derecho a la consulta incluye la concesión de territorios; sin embargo, según la interpretación del TC, esta se limita a los actos de exploración y explotación. Además, se cuestionarán el plazo y vinculatoriedad de la decisión final de la consulta.

#### 5.3.1. ¿Cuál es el planteamiento de la consulta previa en la legislación nacional?

El planteamiento de la consulta previa en la legislación nacional se encuentra regulado, principalmente, por la Ley N° 29785 (2011), y su Reglamento (2012). La Ley N° 29785 se fundamenta en el C169OIT, el cual ha sido ratificado por Perú, y tiene rango constitucional según la Ley N° 26470. Esta Ley establece el procedimiento y los principios que deben seguirse para llevar a cabo la consulta previa en el país. En esta sección se analizarán los supuestos cuestionables, a la luz de los estándares de la ColDH.

El artículo 4 de Ley N° 29785 señala los principios bajo los cuales se rige la consulta previa, entre los que se encuentra el de flexibilidad (inciso d) y el de plazo razonable (inciso e). En el primer caso, señala que la consulta debe desarrollarse a través de procedimientos adecuados al tipo de medida que está en consulta, y en el segundo caso señala que el plazo debe tomar en cuenta la participación de organizaciones representativas de los pueblos indígenas involucrados. Pese a ello, en el artículo 24 del Reglamento se determina un plazo máximo del proceso de consulta (120 días) para las 7 etapas. En este caso, un estudio de Andrea Leyva, en coordinación con Cooperación, analizó los procesos de consulta previa en minería realizadas entre 2015-2017. Arrojó que entre las etapas de publicidad e información se utilizaban 30 de los 120 días otorgados, aproximadamente (2018, p.59). Las complicaciones en las fechas se producían a partir de la etapa de evaluación interna, pues- en la mayoría de los casos- se programó esta etapa el mismo día que la etapa de publicidad, o en fechas cercanas. Esto es relevante porque entre la etapa de publicidad y la de evaluación interna, las comunidades formulan sus propuestas con respecto a la información otorgada en las etapas anteriores, a modo de preparación para la etapa de diálogo. Sin embargo, se evidenció que, en la mayoría de procesos, el acta de la evaluación interna era utilizada como Acta de Consulta, y no se producía la etapa de diálogo con las autoridades (2018, p.59).

La dificultad en torno a los tiempos se agrava, en tanto la decisión final sobre la ejecución de la medida la tiene la autoridad competente, exista o no acuerdo con los pueblos indígenas. El artículo

15 de la Ley señala que la decisión final sobre la aprobación de la medida corresponde a la entidad estatal competente. Esta decisión deberá ser motivada y tomar en cuenta las recomendaciones de los pueblos indígenas. Además, es obligatoria para ambas partes, así no se llegue a un acuerdo. Igualmente, el artículo 23 del Reglamento reafirma lo indicado en la Ley, y señala que los representantes que expresen desacuerdo tienen el derecho de hacerlo constar en el Acta de Consulta. No obstante, si es que en la etapa de diálogo se replica el acta de evaluación interna como Acta de Consulta, entonces la finalidad del proceso de consulta se relativiza. Pues, como señala el artículo 3 de la Ley, el objetivo es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas, a través de un diálogo intercultural que garantice su participación. Pese a ello, en la práctica las autoridades no siempre participan en el diálogo intercultural que propone la Ley. Es decir, esta etapa se convierte en una formalidad.

Esto se vincula con el tipo de actos administrativos que son consultados, pues no solo la decisión final está a cargo de la autoridad competente, sino también la elección de qué actos están sometidos a consulta. El artículo 6 del Reglamento señala que el Estado se encuentra obligado a realizar la consulta antes que se apruebe la medida administrativa; sin embargo, la circunscribe a las actividades de exploración y explotación. Asimismo, en la Ley no se especifica si es que la medida administrativa incluye la etapa de concesión. Durante la audiencia oral del caso de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, el abogado del INGEMMET señaló que las concesiones no debían ser consideradas dentro de los actos administrativos a ser consultados, debido a que solo generaban derechos expectáticos sobre las concesiones otorgadas.

El TUO de la Ley General de Minería, señala en sus artículos 9, 10, 37 y 38 los efectos de las concesiones sobre el territorio de los pueblos indígenas. Indica que las concesiones mineras otorgan a su titular un derecho real irrevocable sobre los recursos naturales existentes en la zona, por lo que poseen derechos de exploración y explotación en dicho lugar. Además señala que los titulares podrán **solicitar servidumbres en terrenos de terceros para la utilización “racional” de la concesión**. No define cuál es el estándar para el uso racional de las tierras. Igualmente, precisa que podrán solicitar la expropiación de los inmuebles que estén destinados a otro fin económico. La decisión sobre ello recae en la autoridad minera competente y se justifica en el concepto anterior (uso racional de la concesión). Asimismo, precisa que la concesión entraña la obligación de trabajar las tierras, y determina el volumen de producción que debe generarse. Incluye a la minería artesanal dentro de las actividades que se pueden realizar en la concesión.

Entonces, las concesiones afectan directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en tanto limitan la seguridad jurídica sobre la propiedad colectiva que tienen sobre sus tierras. Esto se evidencia en el otorgamiento de derechos reales sobre las mismas, incluida la posibilidad de llevar a cabo trabajos de exploración y explotación en los casos de minería a mediana y gran escala. Y, extracción directa, en los casos de minería artesanal. Además, como señala Leyva las concesiones limitan la posibilidad de crear nuevas áreas naturales protegidas (ANP), áreas de conservación privada (ACP) o reservas comunales (2018, p.14). Asimismo, según la autora, en la práctica, las concesiones mineras definen la planificación territorial de dichas zonas, y anteponen los usos mineros sobre otras posibilidades, como las ANP (2018, p.60). Es decir, el Estado decide qué se consulta (solo algunos actos administrativos), cómo se consulta (7 etapas) y cuándo se consulta (120 días desde la emisión del acto administrativo).

### 5.3.2. ¿El planteamiento de la consulta previa en la legislación nacional cumple los estándares que ha establecido la CoIDH sobre la materia?

El planteamiento de la consulta previa en la legislación nacional no cumple los estándares que ha establecido la CoIDH sobre la materia. Cabe señalar que, aunque la jurisprudencia de la CoIDH no es uniforme alrededor de todos los aspectos de la consulta, existe consenso con respecto a ciertos estándares. Para contrastarlos con la normativa nacional, se utilizarán las cinco características que la CoIDH propuso en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador de 2012, los cuales han sido reiterados en sentencias más recientes como la del caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz de 2015.

En primer lugar, la CoIDH señala que (I) la consulta debe ser realizada con carácter previo. Esto encuentra sus antecedentes en el caso del Pueblo Saramaka de 2007. Este caso indica, explícitamente, que la consulta debe ser previa a las concesiones, y debe incluir la participación efectiva, beneficios compartidos, y evaluaciones previas tanto de carácter ambiental como social. Esto es reiterado en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu, pues (II) la CoIDH señala que las evaluaciones de impacto ambiental y social deben realizarse de acuerdo con las tradiciones de las comunidades, y de manera previa al otorgamiento de concesiones. Además, señala que para que (III) la consulta previa sea informada se requiere que el estudio de impacto ambiental y social haya terminado. Solo de ese modo se garantiza que los pueblos indígenas cuenten con toda la información necesaria para decidir sobre las consecuencias que implican la concesión. Igualmente, la CoIDH señala que (IV) la consulta debe ser adecuada y accesible. Esto se reitera en el caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz de 2015, en la que se señala que se debe garantizar la participación de los pueblos indígenas desde las primeras etapas de las medidas administrativas pasibles de afectar sus derechos colectivos.

En el caso de la normativa nacional, se evidencia que el artículo 6 del Reglamento no incluye explícitamente a las concesiones como medidas administrativas a ser consultadas, pese a que según los estándares señalados debe consultarse de manera previa cumpliendo 3 garantías. Con respecto a ello, cabe destacar que se exige una evaluación de impacto social, ejecutada por una autoridad experta e imparcial, para que los pueblos indígenas puedan tener toda la información necesaria- de manera previa- al inicio del proceso de consulta. Pese a ello, la normativa nacional no permite que las 3 garantías se cumplan, debido a que no reconoce explícitamente a las concesiones como acto administrativo a ser consultado. Por lo que la evaluación ambiental recién se produce en caso la empresa extractiva inicie actividades de exploración o explotación, que sí reconoce el Reglamento de consulta previa. Esta situación genera que, en casos de actividad minera, el objetivo de la consulta no se cumpla, puesto que- finalmente- no se entabla un diálogo intercultural con los pueblos indígenas para llegar a un acuerdo- o consentimiento- sobre la medida administrativa que afecta sus derechos colectivos.

Frente a ello, la situación requiere un replanteamiento del sistema de otorgamiento de concesiones, puesto que el Procedimiento Ordinario Minero, mediante el cual se otorgan concesiones mineras, no verifica diligentemente la incompatibilidad con la propiedad comunal indígena. Es decir, no se evalúa si es que la concesión afecta el derecho a la propiedad comunal indígena, solo revisa que cumpla ciertos requisitos que admitan su pedido. La revisión de las afectaciones se reserva para las etapas de exploración y extracción. Entonces, no solamente se evidencia la falta del cumplimiento del estándar interamericano en la sentencia del TC, también se evidencia una falta de adecuación del aparato judicial para cumplir con dichos estándares. Entonces, no solo el TC inaplicó el control de convencionalidad en la sentencia de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, sino que la legislación tampoco ha incluido los estándares de la CoIDH, como lo dicta dicho mecanismo.

Por otro lado, en cuanto a la característica de buena fe y finalidad de llegar a un acuerdo, la CoIDH no ha establecido una línea jurisprudencial uniforme. Por lo que, se cuestiona si existe un estándar alrededor de esta característica. En el caso del Pueblo Saramaka de 2007, la CoIDH señaló que en los casos de actividades extractivas a gran escala era necesario que el Estado obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas sobre el uso de su territorio. Sin embargo, la CoIDH no ha repetido este estándar. Pues en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu de 2012 solo se menciona la necesidad de consenso entre los pueblos indígenas y el Estado. Es decir, retrocede y no efectúa una diferenciación entre el derecho a la consulta y el consentimiento. Por lo que, no es claro cuál estándar es exigible a nivel de normativa nacional. Entonces, no se puede afirmar que la Ley y el Reglamento de Consulta Previa infringe los estándares interamericanos en cuanto a la exigencia de consentimiento.

Finalmente, aunque en la jurisprudencia de la CoIDH no se ha problematizado el estándar de buena fe con respecto a la actuación del Estado, es posible afirmar que este es cuestionable en la práctica. Como se señaló, el Estado decide qué se consulta (solo algunos actos administrativos), cómo se consulta (7 etapas) y cuándo se consulta (120 días desde la emisión del acto administrativo). De ese modo, la consulta previa con respecto a las concesiones queda excluida. Así, cabe preguntarse qué se consulta realmente, si es que el Estado ya decidió que se puede disponer del territorio de los pueblos indígenas sin que estos participen o cuenten con información necesaria para calificar las consecuencias de la medida en su territorio.

### 5.3.3. Conclusión

Según el análisis realizado, el planteamiento de la consulta previa en la legislación nacional de Perú no cumple los estándares establecidos por la CoIDH. En primer lugar, aunque la Ley N° 29785 establece el principio de plazo razonable y flexibilidad en la consulta previa, el Reglamento de consulta previa fija un plazo máximo de 120 días para todo el proceso, lo cual limita el tiempo disponible para la participación efectiva de las comunidades indígenas. Además, se evidencia que en la práctica, muchas veces se omiten etapas clave de la consulta, como la etapa de diálogo, lo que reduce la posibilidad de alcanzar un acuerdo o consentimiento. Por lo que se vulnera el estándar que señala que (I) la consulta debe ser realizada con carácter previo a las concesiones, y debe incluir la participación efectiva de los pueblos indígenas.

En cuanto a lo primero, la normativa nacional no especifica claramente si las concesiones mineras deben ser consultadas, limitando la consulta previa solo a las actividades de exploración y explotación. Esto es problemático, ya que las concesiones mineras afectan directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales. De ese modo, cabe preguntarse cuál sería la solución frente a esta situación. Se recomienda que, con base en el control de convencionalidad, se modifique la Ley y el Reglamento de la Consulta Previa y se incluya la concesión de manera explícita como medida administrativa a ser consultada. En este punto, cabe señalar que el TC, en la sentencia del EXP. No. 03326-2017-PA/TC, posterior a la sentencia de las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará, aceptar la consulta como un derecho fundamental que incluye a las concesiones como medidas administrativas a ser consultadas. Aunque el TC ha aplicado el control de convencionalidad para sentenciar en dicho sentido, esto no exime al Estado peruano de la obligación sobre la modificación de la normativa señalada para que sea compatible por lo dispuesto en la CADH y su interpretación por la CoIDH.

Con respecto al plazo, surge la pregunta sobre la duración del proceso, ¿cuánto debería durar?, ¿debería existir un plazo? Aunque es difícil determinar un plazo, se recomienda que se establezca una duración mínima por etapa, una duración mínima entre etapas, y la prohibición de consignar el acta interna como acta de consulta. Esto permitirá asegurar, en la práctica, la participación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta.

En segundo lugar, la legislación nacional establece que la decisión final sobre la aprobación de la medida consultada recae en la autoridad estatal competente, incluso en ausencia de acuerdo con los pueblos indígenas. No es claro si ello contradice los estándares de la CoIDH, debido a que esta no ha sido consistente con respecto a los casos en los que es necesario que la consulta requiera el consentimiento de los pueblos indígenas afectados. Sin embargo, con base a los informes de James Anaya, lo dispuesto en la DNUDPI, y lo señalado en el caso del Pueblo Saramaka, se pueden establecer 3 situaciones: desplazamiento forzoso, manipulación de desechos tóxicos y proyectos de gran envergadura. Entonces, ¿realmente los pueblos indígenas poseen poder de veto en el caso del consentimiento libre, previo e informado? No, debido a que la inexistencia de un estándar uniforme en el SIDH, solo permite que las medidas administrativas sean improcedentes con respecto a causales puntuales. Es decir, esto no se produce como consecuencia de su derecho ancestral sobre el territorio afectado, sino porque la medida pone en riesgo su supervivencia. Entonces, se relaciona con la protección de derechos humanos que posibilitan su subsistencia, mas no responde a la idea de que la tierra les pertenece por derecho ancestral.

En conclusión, existe una brecha entre la normativa nacional y los estándares internacionales, lo que pone en riesgo los derechos de los pueblos indígenas en el país. Se requiere una revisión y adecuación de la legislación para garantizar una consulta previa efectiva y acorde con los estándares del SIDH.

## VI. CONCLUSIONES

El fallo del EXP. N. ° 03066-2019-PA representa un retroceso histórico para los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en el país. El TC rechazó el RAC de las comunidades Chilla Chambilla y Chila Pucará, al considerar que el derecho a la consulta no es un derecho fundamental reconocido en la Constitución, pese a que la CoIDH ha interpretado que dicho derecho se desprende del artículo 21 de la CADH. Además, Perú ha ratificado el C169OIT, y posee normativa interna que reconoce el derecho a la consulta.

Así, el TC inaplicó el control de convencionalidad, pese a que la CoIDH lo ha dispuesto a nivel jurisprudencial, con base en el cumplimiento del deber de garantía del Estado (art.1.1 CADH). Adicionalmente, Perú ha regulado su aplicación en el Código Procesal Constitucional, y TC también lo ha aplicado en otras sentencias. Por lo que no se puede alegar la vulneración del consentimiento estatal (*pacta sunt servanda*), para justificar su inaplicación. En ese sentido, el TC debió declarar procedente el RAC de las comunidades Chilla Chambilla y Chila Pucará. Así, con base en la CADH y la jurisprudencia de la CoIDH, y en aplicación del control de convencionalidad, debió declarar la nulidad de las concesiones mineras no metálicas, y ordenar la realización de una consulta.

Finalmente, cabe señalar que la Ley de Consulta previa y su Reglamento no cumplen con los estándares propuestos por la CoIDH. Esta situación se evidencia en el caso de las comunidades Chilla Chambilla y Chila Pucará, cuyo territorio fue concesionado, debido a que los instrumentos

nacionales no especifican que dicho acto administrativo sea objeto de consulta. Por lo que, el control de convencionalidad no solo se inaplicó a nivel del fallo del TC, sino que se requieren modificaciones legislativas para que la normativa interna sea compatible con lo dispuesto en la CADH, y la interpretación de la CoIDH.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### Instrumentos jurídicos

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969). Recuperado el 13 de mayo de 2023, de [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_Derechos_Humanos.htm)

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. (2007). Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/61/295. [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)

Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Recuperado el 13 de mayo de 2023, de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314).

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016). Recuperado el 13 de mayo de 2023, de <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

### Informes jurídicos

Organización de las Naciones Unidas (2009). *Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya.* <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>

Organización de las Naciones Unidas (2013). *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya.* <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10177.pdf>

### Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997). Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997.

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

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Comunidad Indígena Yakyé Axa v. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

### Doctrina

Barros, M (2019). La Participación en los Beneficios para los Pueblos Indígenas, recursos naturales y consentimiento previo, libre e informado. *Estudios Constitucionales*, 17 (1), 151-188. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v17n1/0718-5200-estconst-17-01-151.pdf>

Bregaglio Lazarte, R. (2015). Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación jurídica de los tribunales nacionales. *Revista de la Facultad de Derecho*, 44, 139-160. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/11829/12037>

Cavero, O. (2011). Después del Baguazo: informes, diálogo y debates. *Serie de Justicia y Conflictos*, 1(13), 7.

Contesse, J. (2017). The international authority of the inter-American court of human rights: A critique of the conventionality control doctrine. *International Journal of Human Rights*, 21(5).

Ibáñez Rivas, J. M. (2017). *Control de convencionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp.2-33.

Medina Quiroga, C. & Nash, C. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Salmón, E. (2019). *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*. Fondo Editorial de la PUCP.

### Videos

DHUMA (2021). Chila Chambilla y Chila Pucara esperan sentencia favorable del TC [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=1aq7235RjY>

DHUMA (2021). Omisión de consulta previa en las comunidades Chila Chambilla y Chila Pucará [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=5bu7fOw-i9w>

GUSTAVO AF VIDEOS (2022). Tribunal Constitucional entrega tierras a Cemento Sur S.A Calcesur. [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=CF5P-liW1zo>

### Informes

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. (2012). *Análisis Crítico de la Consulta Previa en el Perú. Informe sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del reglamento*, 15. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31020.pdf>

Defensoría del Pueblo (2023). *Reporte de Conflictos Sociales N.º 229*, pp. 20-21 <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/04/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-229-Marzo-2023.pdf>

Huanacuni, D. (2010). *Recursos minerales de la provincia de Chucuito del departamento de Puno*. Lima, Perú: Instituto Geológico Minero Metalúrgico, Dirección de Recursos Minerales y Energéticos.

Páginas web y otros recursos

Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios (s.f.). *Buscador de localidades de pueblos indígenas*. <https://bdpi.cultura.gob.pe/buscador-de-localidades-de-pueblos-indigenas>

Calcesur (s.f.). *Empresa. Cal & Cemento Sur*. <https://www.intical.com.pe/empresa/>

CooperAcción. (s.f.). *Las concesiones mineras en el Perú*. <https://cooperaccion.org.pe/las-concesiones-mineras-en-el-peru/>

Goldin, A et al. (Abril, 2011). *Gestión Invisible: Manejo de Recursos Naturales en dos Comunidades Indígenas Peruanas* [poster presentation]. 2011, Research Symposium, University of Richmond. Vancouver, Canadá. <https://scholarship.richmond.edu/geography-posters/6/>

Meneses, A (23 de marzo, 2022). *Campesinos de Puno se levantan en huelga por fallo del TC que desconoce consulta previa*. <https://wayka.pe/campesinos-de-puno-se-levantan-en-huelga-por-fallo-del-tc-que-desconoce-consulta-previa/>

Wayka (28 de marzo, 2022). *Relator de la ONU es informado sobre fallo del TC que desconoce el derecho a la consulta previa*. <https://wayka.pe/relator-de-la-onu-es-informado-sobre-fallo-del-tc-que-desconoce-el-derecho-a-la-consulta-previa/>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## Pleno. Sentencia 27/2022

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

### RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de enero de 2022, los magistrados Ferrero Costa (con fundamento de voto), Sardón de Taboada y Blume Fortini han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Por su parte, el magistrado Miranda Canales emitió un voto singular en el que declara infundada la demanda.

La magistrada Ledesma Narváez (quien votó en fecha posterior) y el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formularon unos votos singulares en el que declaran fundada la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA  
SARDÓN DE TABOADA  
MIRANDA CANALES  
BLUME FORTINI  
LEDESMA NARVÁEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Firmado digitalmente por:  
FERRERO COSTA Augusto FAU  
20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 28/02/2022 14:32:29-0500

Firmado digitalmente por:  
SARDON DE TABOADA Jose  
Luis FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 01/03/2022 12:03:25-0500

Firmado digitalmente por:  
MIRANDA CANALES Manuel  
Jesus FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 28/02/2022 19:30:46-0500

Firmado digitalmente por:  
BLUME FORTINI Ernesto  
Jorge FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 01/03/2022 21:24:29-0500

Firmado digitalmente por:  
REATEGUI APAZA Flavio  
Adolfo FAU 20217267618 soft  
Motivo: Doy fe  
Fecha: 02/03/2022 09:39:10-0500

Firmado digitalmente por:  
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA  
Eloy Andres FAU 20217267618  
soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 27/02/2022 18:31:55-0500

Firmado digitalmente por:  
LEDESMA NARVAEZ  
Marianella Leonor FAU 20217267618  
soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 01/03/2022 10:59:31-0500



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de enero de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, sin la participación del magistrado Ramos Núñez, en atención a la Resolución Administrativa N.º 172-2021-P/TC. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Ferrero Costa y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera. Se deja constancia de que la magistrada Ledesma Narváez votó en fecha posterior.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Aydee Ugarte Sagua y Antonio Alanguia Chagua en representación de las Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará contra la Resolución 58, de fecha 01 de julio de 2019, folios 940, expedida por la Sala Civil de la Provincia de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

### ASUNTO

Con fecha 17 de setiembre de 2017, las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara interponen demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM), solicitando la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Alega que las cuadrículas de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. se superpone sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla. Específicamente indica que dichas concesiones ocupan más del 50% de cada una de las comunidades demandantes. Precisa que ello ha ocurrido sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa.

Las demandantes alegan que para las comunidades indígenas tienen una estrecha relación con la tierra. No se trata de una relación de posesión y producción, sino como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Sostiene que mediante la concesión minera se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo, sobre recursos naturales renovables y no renovables. Hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado, derechos facultades, poderes hasta entonces inexistentes. Por ello afirma que los territorios indígenas estarán a merced de que el Estado priorice la actividad minera sin tomar en cuenta los otros usos del territorio y la protección del medio ambiente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

Aduce que no es necesario agotar la vía administrativa puesto que el MINEM está a punto de otorgar licencias de exploración y explotación para autorizar el comienzo de las actividades extractivas sobre el territorio de las comunidades. Indican que nunca se les notificó de manera efectiva y concreta a las autoridades y miembros de la comunidad. El Estado asume que las autoridades comunales tienen acceso a diarios todos los días, cuando estas comunidades viven en zonas rurales donde no llega la prensa escrita y además no tienen los medios económicos para comprar periódicos, vulnerándose el derecho de defensa, al no poder ejercer el derecho de oponerse a la concesión minera conforme a la legislación vigente. Además, indica que la información publicada no es suficiente al no permitirse saber si el territorio de su comunidad ha sido concesionado.

Alega que la titulación de las concesiones mineras en territorios de las comunidades campesinas, compromete y afecta el derecho a la propiedad y el territorio de los pueblos indígenas. Y sin lugar a dudas, la actividad de exploración y explotación que genere la titulación de las concesiones mineras va a afectar el ejercicio de las actividades normales de los pueblos indígenas al limitar y restringir el derecho de propiedad y al territorio. E insiste en que las concesiones mineras no solo tendrán una incidencia directa en el derecho a la identidad cultural, sino que constituye una amenaza cierta e inminente a la tierra, a la cultura y a sus tradiciones.

Mediante Resolución 25, fecha 27 de febrero 2017, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno resolvió la apelación propuesta por las comunidades campesinas en contra de la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución 09 de fecha 09 de mayo de 2016 que declaró improcedente la demanda. La Sala Civil por su parte consideró que al no haberse incluido en el proceso a la empresa Cementos Sur S.A. pese a que tiene la calidad de litisconsorte necesario por ser la titular de la concesión se habría estado imposibilitada para una decisión sobre el fondo, por lo que declaró la nulidad la sentencia apelada y nulo todo lo actuado ordenando que se proceda a calificar nuevamente la demanda.

Por ello, mediante Resolución 30, de fecha 26 de mayo de 2017, se admitió a trámite la demanda y se dieron 5 días para la contestación (f. 498).

Mediante escrito de fecha 01 de agosto de 2017, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet), contesta la demanda indicando que en ningún momento han cumplido con demostrar algún tipo de acto administrativo que genere la vulneración o la amenaza cierta e inminente del derecho fundamental alegado. Alega que cualquier acto administrativo emitido por el Estado dentro del territorio de los demandantes no implica *per se* la vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa. Entiende que la demanda se plantea por una supuesta amenaza cierta e inminente de vulneración a su derecho fundamental a la propiedad, por lo que debieron impugnar el acto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

administrativo con el que se generaría la amenaza. Y resalta que la sola concesión no implica que se proceda de inmediato a realizar la actividad extractiva o minera, puesto que “el proceso de otorgamiento en concesión de hidrocarburos es largo y detallado” debiendo contar con certificación ambiental, aprobación del Instituto Nacional de Cultura, obtener el permiso para utilización de tierras mediante acuerdo previo servidumbre administrativa. Así como otras licencias y permisos. Si bien reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas (f. 516), entiende también que este tiene límites. Argumenta que no está permitido poner en tela de juicio los compromisos internacionales una vez asumidos, lo contrario implicaría una contravenir el principio de buena fe y el de *pacta sum servanta*. Por ello indica que el Convenio 169 sí obliga internacionalmente al Perú, su cumplimiento no implica que se trata de un derecho fundamental ilimitado. Alega que la consulta no responde a una forma unívoca, sino que depende del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de control y la finalidad de la misma. También precisa que son los pueblos indígenas los que tienen que sustentar que determinada medida incide o afecta directamente en sus intereses. Concluye por ello que los demandantes no han acreditado ningún tipo de configuración de amenaza cierta e inminente, y mucho menos una vulneración de algún tipo de derecho de propiedad o de consulta previa. Así la situación de hecho y de derecho no ha variado.

Mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2017 la empresa Kuskalla Mining Company S.A. (en adelante Kuskalla) se apersonó y contestó la demanda, indicando que las resoluciones jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de 2005, y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005, otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, respectivamente a favor de Rolando Francisco Málaga Luna, Ambos petitorios fueron trasferidos a favor de Cemento Sur S.A. cuya actual razón social es CAL & Cemento Sur S.A. Con fecha 05 de mayo de 2016 se realizó la transferencia a favor de Kuskalla. De otro lado indicó que en ningún momento se interpuso recurso administrativo en contra de las resoluciones jefaturales referidas, incumpléndose con lo establecido en el artículo 125 de la Ley General de Minería, con lo que se habría configurado la falta de agotamiento de la vía administrativa. Asimismo, indica que la demanda debía ser declara improcedente porque existe una vía igualmente satisfactoria puesto que las resoluciones cuestionadas son susceptibles de ser impugnados en el proceso contencioso administrativo. Afirma que la concesión no es suficiente para llevar a cabo el proyecto de inversión, por lo que el agotamiento de la vía previa no implicaría que la supuesta agresión pudiera convertirse en irreparable. De otro lado, expresó que la concesión minera es un derecho expectatio que no configura un derecho real al terreno superficial y no genera certeza sobre ninguna actividad, proyecto a ni sus eventuales impactos. Las actividades de exploración o explotación no pueden llevarse a cabo solamente con la concesión minera. Y por último indica que no se tiene información relevante ni suficiente para que esa medida sea sometida a consulta previa. Por ello sostiene que no se ha afectado el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

contenido esencial del derecho a la consulta. También alega que en la demanda no se ha presentado medio probatorio que demuestre que su territorio se encuentra amenazado con el otorgamiento de las concesiones mineras no metálicas. Se hacen referencias a meras conjeturas o suposiciones. Asimismo, se ha indicado que en la demanda no se ha demostrado que Ingemmet no comunicó el otorgamiento a las comunidades campesinas, no obstante, en la propia demanda se indicó que el procedimiento administrativo se comunicó mediante aviso de presan escrita. Refiere que la concesión minera no implica el inicio de una actividad per se por lo que no existe una presunta vulneración al derecho de consulta ni a sus derechos conexos. Más aun, de acuerdo al artículo 7 de la Ley 26505, el titular de la concesión minera deberá obtener directamente del propietario o poseionario los derechos superficiales necesarios para la realización de sus actividades. Asimismo, explica que en la práctica se evidencia que el concesionario deberá negociar directamente con las poblaciones indígenas propietarias del terreno para recién acceder a la zona, ya que de lo contrario el proyecto no prosperará. Por ello alega que la medida administrativa no afecta directamente a los pueblos indígenas.

Mediante Resolución 42, de fecha 18 de mayo de 2018 (f. 769), el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito-Juli de la Corte Superior de Justicia de Puno, declaró improcedente la demanda considerando que los demandantes podían recurrir a la vía contencioso administrativa. Considera que los demandantes no han cumplido con el artículo 125 del *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*, que plantea medio impugnatorio administrativos contra la Resolución del registro público de minería, ante el Consejo de Minería, no agotando con ello la vía administrativa.

Mediante Resolución 58, del 01 de julio de 2019, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, confirmó la apelada indicando que, con la demanda se pretende la nulidad de las concesiones mineras emitidas en favor de Cemento Sur S.A. No obstante, considera no es claro que las entidades demandantes pertenezcan a un pueblo indígena y que su autoidentificación con uno de estos pueblos no se ha acreditado suficientemente. Por ello, considera que la titularidad del derecho a la consulta debe estar plenamente probada, pero citando un texto doctrinario que indica que las comunidades campesinas ubicadas en las zonas andinas que son la gran mayoría no son consideradas campesinas.

Asimismo, se estableció que la demanda no alude a un asunto que requiere una tutela especial de urgencia, al no describir o acreditar el inicio de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales existentes en tierras de pueblos indígenas o de comunidades campesinas. Citando la Sentencia 0022-2009-PI/TC (fund, 16) del Tribunal Constitucional, se estableció que el derecho de consulta para el caso específico de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y no previamente al otorgamiento de una concesión. Por ello no se ha demostrado una manifiesta amenaza o violación de los derechos constitucionales invocados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

Finalmente se indicó que de acuerdo al Reglamento de Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC, se ha previsto que la consulta a los pueblos indígenas y tribales en formar previa a la exploración o explotación conforme a los previsto en el Convenio 169, pero no antes de su concesión.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. Mediante el proceso de amparo se solicita que se dejen sin efecto la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005, mediante las cuales se otorgó título de concesión minera no metálica Chilachambilla 1 y Chilachambilla 2, por encontrarse sobrepuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes. Indican que esta medida contraviene el derecho a la consulta previa, y amenaza su derecho a la propiedad, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa.

### Análisis de la controversia

2. En el presente caso, la parte demandante principalmente cuestiona que las entidades emplazadas no habrían implementado el mecanismo de la consulta previa en el otorgamiento de una concesión minera que se sobrepone a sus territorios.
3. Sin embargo, 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.
4. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional.
5. Por lo tanto, en aplicación del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional, la demanda incoada resulta improcedente.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

**HA RESUELTO**

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**FERRERO COSTA  
SARDÓN DE TABOADA  
BLUME FORTINI**

**PONENTE BLUME FORTINI**





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto a nuestros colegas magistrados, si bien nos encontramos de acuerdo con lo resuelto, precisamos lo siguiente:

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, en lo pertinente al caso de autos, señala lo siguiente (artículo 15, párrafo 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<sup>1</sup> o explotación** de los recursos existentes en sus tierras (...) (énfasis añadido).

Conforme al artículo 66 de la Constitución, los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Entonces, es aplicable el citado artículo del Convenio 169, donde se dispone que los gobiernos deberán establecer mecanismos de consulta a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de *exploración* o *explotación* de los recursos existentes en sus tierras (cfr. STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 16), no previamente al otorgamiento de una *concesión*.

Coherente con ello, el Reglamento de la Ley 29785, *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT* (Decreto Supremo 001-2012-MC), en su artículo 6, prescribe:

### **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 (énfasis añadido).

---

<sup>1</sup> 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 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

En el caso de autos, los demandantes identifican como acto lesivo la omisión de la parte demandada de realizar la consulta previa contemplada en el Convenio 169 antes de expedir las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Según ellos, las cuadrículas de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. se superpone sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla.

Como hemos visto, el Convenio 169, tratándose de recursos naturales, contempla la consulta a los pueblos interesados en forma previa a la exploración o explotación de dichos recursos, pero no antes de su concesión. Debido a ello, la demanda incurre en la causal de improcedencia contenida en el artículo 7 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, ya que no está referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Por lo tanto, habiendo aclarado lo referido, votamos a favor de declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

**FERRERO COSTA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

### **VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES**

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

#### **Antecedentes**

1. Con fecha 17 de setiembre de 2017, las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará interponen demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y del Ministerio de Energía y Minas (Minem), mediante la cual solicitan la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur SA. Alegan que las cuadrículas de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur SA se superponen sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla. Específicamente, indican que dichas concesiones ocupan más del 50 % de cada una de las comunidades demandantes. Precisan que ello ha ocurrido sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural y religiosa.

#### **Sentencia de primera instancia y nulo todo lo actuado**

2. Mediante Resolución 25, de fecha 27 de febrero de 2017, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno resolvió la apelación propuesta por las comunidades campesinas en contra de la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución 9, de fecha 9 de mayo de 2016, que declaró improcedente la demanda. La Sala Civil por su parte consideró que al no haberse incluido en el proceso a la empresa Cementos Sur SA pese a que tiene la calidad de litisconsorte necesario por ser la titular de la concesión, estaba imposibilitada para una decisión sobre el fondo, por lo que declaró la nulidad de la sentencia apelada y nulo todo lo actuado, ordenando que se proceda a calificar nuevamente la demanda.
3. Por ello, mediante Resolución 30, de fecha 26 de mayo de 2017, se admitió a trámite la demanda y se dieron 5 días para la contestación (f. 498).

#### **Contestación de la demanda**

4. Mediante escrito de fecha 1 de agosto de 2017, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet), contesta la demanda e indica que en ningún momento han cumplido con demostrar algún tipo de acto administrativo que genere la 5. vulneración o la amenaza cierta e inminente del derecho fundamental alegado. Alega que cualquier acto administrativo emitido por el Estado dentro del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

territorio de los demandantes no implica *per se* la vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa. Entiende que la demanda se plantea por una supuesta amenaza cierta e inminente de vulneración a su derecho fundamental a la propiedad, por lo que debieron impugnar el acto administrativo con el que se generaría la amenaza. Y resalta que la sola concesión no implica que se proceda de inmediato a realizar la actividad extractiva o minera, puesto que “el proceso de otorgamiento en concesión de hidrocarburos es largo y detallado” debiendo contar con certificación ambiental, aprobación del Instituto Nacional de Cultura, obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo de servidumbre administrativa. Así como otras licencias y permisos. Si bien reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas (f. 516), entiende también que este tiene límites. Argumenta que no está permitido poner en tela de juicio los compromisos internacionales una vez asumidos, lo contrario implicaría contravenir el principio de buena fe y el de *pacta sum servanta*. Por ello, indica que el Convenio 169 sí obliga internacionalmente al Perú, su cumplimiento no implica que se trate de un derecho fundamental ilimitado. Alega que la consulta no responde a una forma unívoca, sino que depende del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de control y la finalidad de esta. También precisa que son los pueblos indígenas los que tienen que sustentar qué determinada medida incide o afecta directamente sus intereses. Concluye expresando que los demandantes no han acreditado ningún tipo de configuración de amenaza cierta e inminente, y mucho menos la vulneración de algún tipo de derecho de propiedad o de consulta previa. Así la situación de hecho y de derecho no ha variado.

5. Mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2017, la empresa Kuskalla Mining Company SA (en adelante Kuskalla) se apersonó y contestó la demanda, e indicó que las Resoluciones Jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de 2005, y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005, otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, respectivamente, a favor de Rolando Francisco Málaga Luna. Ambos petitorios fueron transferidos a favor de Cemento Sur SA, cuya actual razón social es CAL & Cemento Sur SA. Con fecha 5 de mayo de 2016 se realizó la transferencia a favor de Kuskalla. De otro lado, indicó que en ningún momento se interpuso recurso administrativo en contra de las resoluciones jefaturales referidas, incumplándose con lo establecido en el artículo 125 de la Ley General de Minería, con lo que se habría configurado la falta de agotamiento de la vía administrativa. Asimismo, indica que la demanda debía ser declarada improcedente porque existe una vía igualmente satisfactoria, puesto que las resoluciones cuestionadas son susceptibles de ser impugnadas en el proceso contencioso-administrativo. Afirma que la concesión no es suficiente para llevar a cabo el proyecto de inversión, por lo que el agotamiento de la vía



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

previa no implicaría que la supuesta agresión pudiera convertirse en irreparable. Por otra parte, expresó que la concesión minera es un derecho expectatio que no configura un derecho real al terreno superficial y no genera certeza sobre ninguna actividad, proyecto ni sus eventuales impactos. Las actividades de exploración o explotación no pueden llevarse a cabo solamente con la concesión minera. Y, por último, indica que no se tiene información relevante ni suficiente para que esa medida sea sometida a consulta previa. Por ello sostiene que no se ha afectado el contenido esencial del derecho a la consulta. También alega que en la demanda no se ha presentado medio probatorio que demuestre que su territorio se encuentra amenazado con el otorgamiento de las concesiones mineras no metálicas. Se hacen referencias a meras conjeturas o suposiciones. Asimismo, se ha indicado que en la demanda no se ha demostrado que Ingemmet no comunicó el otorgamiento a las comunidades campesinas, no obstante, en la propia demanda se indicó que el procedimiento administrativo se comunicó mediante aviso de prensa escrita. Refiere que la concesión minera no implica el inicio de una actividad *per se* por lo que no existe una presunta vulneración al derecho de consulta ni a sus derechos conexos. Más aún, de acuerdo al artículo 7 de la Ley 26505, el titular de la concesión minera deberá obtener directamente del propietario o poseionario los derechos superficiales necesarios para la realización de sus actividades. Asimismo, explica que en la práctica se evidencia que el concesionario deberá negociar directamente con las poblaciones indígenas propietarias del terreno para recién acceder a la zona, ya que de lo contrario el proyecto no prosperará. Por ello, alega que la medida administrativa no afecta directamente a los pueblos indígenas.

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

6. Mediante Resolución 42, de fecha 18 de mayo de 2018 (f. 769), el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito-Juli de la Corte Superior de Justicia de Puno, declaró improcedente la demanda al considerar que los demandantes podían recurrir a la vía contencioso- administrativa. Considera que los demandantes no han cumplido con el artículo 125 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, que plantea medio de impugnación administrativo contra la Resolución del registro público de minería, ante el Consejo de Minería, no agotando con ello la vía administrativa.

### **Resolución de segunda instancia o grado**

7. Mediante Resolución 58, del 1 de julio de 2019, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno confirmó la apelada e indicó que, con la demanda se pretende la nulidad de las concesiones mineras emitidas a favor de Cemento Sur SA. No obstante, considera no es claro que las entidades demandantes



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

pertenezcan a un pueblo indígena y que su autoidentificación con uno de estos pueblos no se ha acreditado suficientemente.

Por ello, considera que la titularidad del derecho a la consulta debe estar plenamente probada, pero citando un texto doctrinario que indica que las comunidades campesinas ubicadas en las zonas andinas que son la gran mayoría no son consideradas campesinas.

8. Asimismo, se estableció que la demanda no alude a un asunto que requiere una tutela especial de urgencia, al no describir o acreditar el inicio de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales existentes en tierras de pueblos indígenas o de comunidades campesinas. Citando la Sentencia 0022-2009-PI/TC (fundamento 16) del Tribunal Constitucional, se estableció que el derecho de consulta para el caso específico de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y no previamente al otorgamiento de una concesión. Por ello no se ha demostrado una manifiesta amenaza o violación de los derechos constitucionales invocados.
9. Finalmente, se indicó que de acuerdo al Reglamento de Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC, se ha previsto que la consulta a los pueblos indígenas y tribales en formar previa a la exploración o explotación conforme a los previsto en el Convenio 169, pero no antes de su concesión.

#### **Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda**

10. Mediante el proceso de amparo se solicita que se dejen sin efecto la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005, mediante las cuales se otorgó título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, por encontrarse sobrepuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes. Indican que esta medida contraviene el derecho a la consulta, y amenaza su derecho a la propiedad, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural y religiosa.

#### **Comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios**

11. En la resolución de segunda instancia se ha considerado que las comunidades campesinas demandantes no habrían acreditado ser pueblos indígenas, por lo que no podrían invocar el derecho de consulta. Ello, a pesar de que las partes no plantearon dicho tema en el debate judicial. En virtud de esta situación este



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

Tribunal entiende que es relevante ahondar acerca de la identificación de las comunidades campesinas como pueblos indígenas.

12. Si bien el texto de la Constitución no hace referencia al término “pueblos indígenas” sí incorpora el término pueblos originarios (artículo 191). Fue mediante el Convenio 169 de la OIT mediante el cual se incorporó la nomenclatura jurídica de “pueblos indígenas”, utilizada prevalentemente en el derecho internacional. Y como ya lo indicó el Tribunal Constitucional, dicho tratado entró en vigor el 2 febrero de 1995 (ver sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 23).
13. Debe indicarse que de acuerdo al 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 consideradas pueblos indígenas u originarios. Con 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, se estableció, además de los mecanismos para llevar a cabo este procedimiento, criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios, precisándose que las “comunidades campesinas o andinas” pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios.
14. Se observa entonces que la legislación nacional consideró en su momento que las comunidades campesinas y nativas eran pueblos indígenas, pero desde setiembre de 2011 se estableció que estas comunidades *pueden* ser consideradas pueblos indígenas. Estos cambios por parte del Legislador si bien resultan legítimos generan también cierta inestabilidad respecto los derechos de las comunidades campesinas y nativas. Más aún si es que existen criterios de identificación objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169. En tal sentido, frente a una duda sobre si determinada comunidad campesina pertenece o no a un pueblo indígena, no resulta legítimo que el juzgador presuma que no es un pueblo indígena. Más aún si se toma en consideración el artículo 2 de la Ley 24656, *Ley General de Comunidades Campesinas*, que establece que estas 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 [...]”. De ahí que la obligación de acreditar fehacientemente que determinada comunidad campesinas o nativa no es o no pertenece a un pueblo indígena recae en quien plantea ello. No bastando una supuesta observación superficial sobre determinadas comunidades campesinas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

15. En todo caso, en lo que a este caso importa, la *Ley de Consulta Previa* establece la creación de una Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (artículo 20). Dicha Base de Datos es accesible vía el portal electrónico <https://bdpi.cultura.gob.pe/>. De la revisión de tal portal, este Tribunal ha apreciado que tanto la comunidad Chila Chambilla como Chila Pucará (RJ 049-77-AEORAMS-VIII, Ficha 155 RJ 037-77-AE-ORAMS-VIII, Ficha 125, respectivamente) pertenecen al pueblo indígena Aimara.

### **Configuración dinámica y contextualizada del derecho a la consulta**

16. Este Tribunal ya ha indicado que el Congreso Constituyente Democrático mediante Resolución Legislativa 26253, aprobó dicho Convenio, siendo ratificado el 17 de enero de 1994 por el Poder Ejecutivo y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 2 de febrero de 1994. Entró en vigor 12 meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación, esto es, desde el 2 de febrero de 1995, de acuerdo al artículo 38.3 del Convenio (ver sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 23).
17. La jurisprudencia de este Tribunal ha entendido que el derecho a la consulta configura también un diálogo intercultural (sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 17). Este diálogo se debe activar cada vez que una medida administrativa o inclusive legislativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. El Tribunal también estableció que, si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio 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 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.
18. Así, si bien el derecho de consulta es obligatorio y sus resultados son vinculantes, si los pueblos indígenas no den su consentimiento a la medida, ello no implica que dicha medida no pueda ser llevado a cabo. El Estado tendrá en todo caso que acreditar que hizo todo lo posible para poder acomodar las preocupaciones y sugerencias de los pueblos indígenas sobre la medida consultada. Ello en virtud del principio de la buena fe que rige el proceso de consulta. Esta es la regla general, lo que no implica que en algunos casos sí se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para poder implementar tal medida. Por ejemplo, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta (Decreto Supremo 001-20210-MC) establece que no “se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígena, ni emitir



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el *consentimiento* de los titulares de las mismas [...].”

19. Por su parte en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que:

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

20. Así, cuando se esté frente a un plan de desarrollo o una inversión dentro de un territorio indígena que pueda tener un *impacto profundo* en los derechos de propiedad de sus miembros, además de la consulta se requiere obtener también el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígena. Es cierto que la Corte Interamericana no estableció un contenido de qué implicaba el término “impacto profundo”, lo que no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso a caso.

21. En suma, la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas con el objetivo de alcanzar el consentimiento, aunque no se requerirá contar con el consentimiento del pueblo indígena para proseguir con la medida. De otro lado, en ciertas circunstancias en donde se configure un “impacto profundo” en los derechos de los pueblos indígenas o sus miembros, tal como el almacenamiento de materiales peligrosos en sus territorios, se requerirá además de la consulta, obtener el consentimiento del pueblo indígena.

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

“Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado”.

23. De igual forma, en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 31-32), se ha indicado lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

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

#### Análisis de la controversia

24. En la presente causa la cuestión a determinar es si procedería o no que se consulte a las comunidades campesinas demandantes el otorgamiento de una concesión minera 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.

25. El artículo 6, inciso a) del Convenio 169 establece que, al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán:

“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas *susceptibles de afectarles directamente*” (cursivas agregadas).

26. Por su parte, la *Ley de la Consulta Previa* establece en su artículo 2, que el derecho a la consulta es:

“el derecho de los pueblos Indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas *que afecten directamente sus derechos colectivos*, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos” (cursivas agregadas).

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes (fundamento 55)”.

28. Como se aprecia de lo expuesto y como ya lo ha indicado el Tribunal, en abstracto es imposible precisar mediante una fórmula clara cuando se está ante una medida que afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pero se indicó que resultan evidentes aquellos casos que generen menoscabos, perjuicios, se incluya desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos de intereses colectivos de los pueblos indígenas (sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 25).
29. En todo caso, se deduce de lo expuesto que son los pueblos indígenas quienes tienen la carga de probar de qué manera la medida cuestionada los afecta directamente. Es decir, deben precisar concretamente de qué modo se han configurado cambios relevantes y directos en la situación jurídica de las comunidades campesinas. Ello desde luego, lo pueden realizar tomando en cuenta su cultura, así como los principios jurídicos del derecho que emergen de la cultura indígena. Es precisamente tal explicación la que coadyuvará a la construcción de un diálogo intercultural.
30. En este caso, las comunidades demandantes cuestionan las concesiones mineras no metálicas contenidas en las Resoluciones Jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de 2005, y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005, otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II. Han alegado que con estas se estaría generando una amenaza inminente sobre su derecho a la propiedad territorial de las comunidades campesinas.
31. No obstante, no se aprecia que en la demanda se haya indicado concretamente la manera en que la emisión de la concesión minera habría afectado directamente a los pueblos indígenas. Así, considerando que la concesión fue emitida en 2005, las comunidades campesinas han convivido con dichas concesiones por aproximadamente 15 años, 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 la empresa minera ahora titular de la concesión realizar intervención alguna en el territorio de la comunidad.
32. En efecto, como lo han expuesto los demandados, para iniciar los procesos de exploración y explotación se requiere una serie de autorizaciones y permisos. Así, el otorgamiento de estos, por ejemplo, el que autoriza a la exploración o explotación, sí tendrán que ser consultados porque es previsible, en principio, una materialización de la afectación directa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

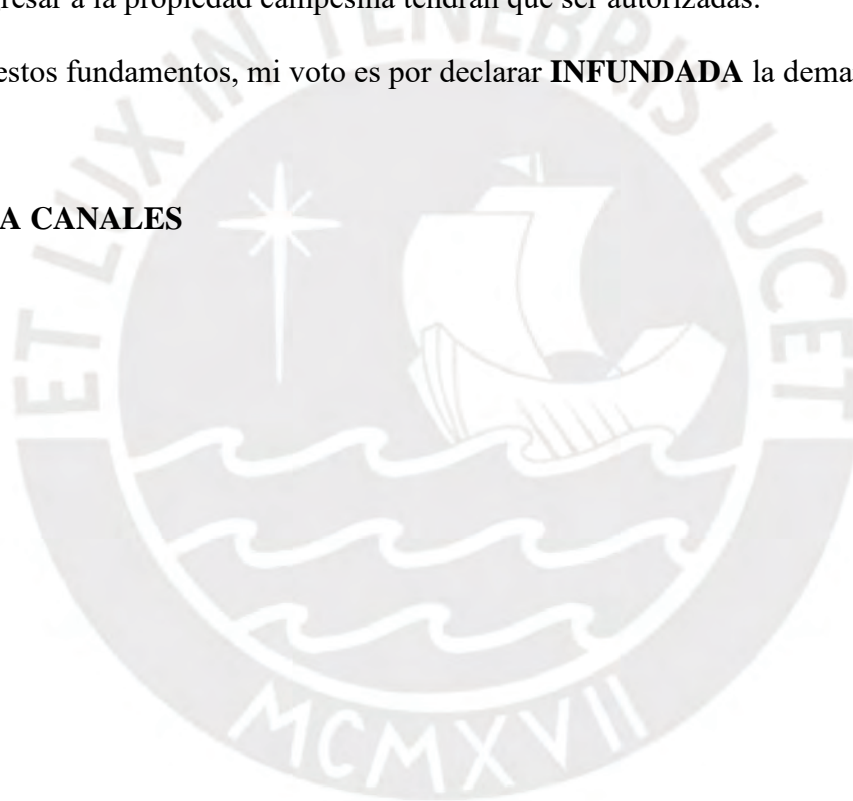
EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

33. La presente decisión tiene implicancias claras. No descarta que mediante una concesión minera se pueda afectar directamente a los pueblos indígenas. Lo que se establece en este caso en concreto es que tal afectación directa no ha sido acreditada. 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.

Por todos estos fundamentos, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

**MIRANDA CANALES**





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

## VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la posición de mayoría, en el presente caso, considero que la demanda debe declararse **FUNDADA**.

Las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará solicitan que se dejen sin efecto la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005, mediante las cuales se otorgó título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, por encontrarse sobrepuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes. Los recurrentes indican que esta medida contraviene el derecho a la consulta, y amenaza su derecho a la propiedad, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural y religiosa.

### Comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios

En la resolución de segunda instancia se ha considerado que las comunidades campesinas demandantes no habrían acreditado ser pueblos indígenas, por lo que no podrían invocar el derecho de consulta. Ello, a pesar de que las partes no plantearon dicho tema en el debate judicial. En virtud de esta situación se entiende que es relevante ahondar acerca de la identificación de las comunidades campesinas como pueblos indígenas.

Si bien el texto de la Constitución no hace referencia al término “pueblos indígenas” sí incorpora el término pueblos originarios (artículo 191). Fue mediante el Convenio 169 de la OIT mediante el cual se incorporó la nomenclatura jurídica de “pueblos indígenas”, utilizada prevalentemente en el derecho internacional. Y como ya lo indicó el Tribunal Constitucional, dicho tratado entró en vigor el 2 febrero de 1995 (ver sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 23).

Debe indicarse que, de acuerdo al 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 consideradas pueblos indígenas u originarios. Con 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, se estableció, además de los mecanismos para llevar a cabo este procedimiento, criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios, precisándose que las “comunidades campesinas o andinas” pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

Se observa entonces que la legislación nacional consideró en su momento que las comunidades campesinas y nativas eran pueblos indígenas, pero desde setiembre de 2011 se estableció que estas comunidades *pueden* ser consideradas pueblos indígenas. Estos cambios por parte del Legislador si bien resultan legítimos generan también cierta inestabilidad respecto los derechos de las comunidades campesinas y nativas. Más aún si es que existen criterios de identificación objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169. En tal sentido, frente a una duda sobre si determinada comunidad campesina pertenece o no a un pueblo indígena, no resulta legítimo que el juzgador presuma que no es un pueblo indígena. Más aún si se toma en consideración el artículo 2 de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, que establece que estas 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 [...]”. De ahí que la obligación de acreditar fehacientemente qué determinada comunidad campesina o nativa no es o no pertenece a un pueblo indígena recae en quien plantea ello. No bastando una supuesta observación superficial sobre determinadas comunidades campesinas.

En todo caso, en lo que a este caso importa, la Ley de Consulta Previa establece la creación de una Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (artículo 20). Dicha Base de Datos es accesible vía el portal electrónico <https://bdpi.cultura.gob.pe/>. De la revisión de tal portal, este Tribunal ha apreciado que tanto la comunidad Chila Chambilla como Chila Pucará (RJ 049-77-AEORAMS-VIII, Ficha 155 RJ 037-77-AEORAMS-VIII, Ficha 125, respectivamente) pertenecen al pueblo indígena Aimara.

### **Configuración dinámica y contextualizada del derecho a la consulta**

Este Tribunal ya ha indicado que el Congreso Constituyente Democrático mediante Resolución Legislativa 26253, aprobó dicho Convenio, siendo ratificado el 17 de enero de 1994 por el Poder Ejecutivo y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 2 de febrero de 1994. Entró en vigor 12 meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación, esto es, desde el 2 de febrero de 1995, de acuerdo al artículo 38.3 del Convenio (ver sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 23).

La jurisprudencia de este Tribunal ha entendido que el derecho a la consulta configura también un diálogo intercultural (sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 17). Este diálogo se debe activar cada vez que una medida administrativa o inclusive legislativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. El Tribunal también estableció que, si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio 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 implica una condición, que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

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.

Así, si bien el derecho de consulta es obligatorio y sus resultados son vinculantes, si los pueblos indígenas no dan su consentimiento a la medida, ello no implica que dicha medida no pueda ser llevado a cabo. El Estado tendrá en todo caso que acreditar que hizo todo lo posible para poder acomodar las preocupaciones y sugerencias de los pueblos indígenas sobre la medida consultada. Ello en virtud del principio de la buena fe que rige el proceso de consulta. Esta es la regla general, lo que no implica que en algunos casos sí se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para poder implementar tal medida. Por ejemplo, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta (Decreto Supremo 001-20210-MC) establece que no “se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígena, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas [...]”

Por su parte en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que

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

Así, cuando se esté frente a un plan de desarrollo o una inversión dentro de un territorio indígena que pueda tener un *impacto profundo* en los derechos de propiedad de sus miembros, además de la consulta se requiere obtener también el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígena. Es cierto que la Corte Interamericana no estableció un contenido de qué implicaba el término “impacto profundo”, lo que no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso a caso.

En suma, la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas con el objetivo de alcanzar el consentimiento, aunque no se requerirá este para proseguir con la medida. De otro lado, en ciertas circunstancias en donde se configure un “impacto profundo” en los derechos de los pueblos indígenas o sus miembros, tal como el almacenamiento de materiales peligrosos en sus territorios, se requerirá además de la consulta, obtener el consentimiento del pueblo indígena.

De ello, se aprecia una configuración dinámica y contextualizada del derecho de consulta. Requiriéndose más obligaciones cuando el impacto es mayor y menos



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

obligaciones cuando el impacto pueda ser menor. Dicha configuración encuentra su fundamento no solo en el Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino especialmente en el principio de flexibilidad explicado en el artículo 5, literal b) del Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta que establece:

“Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado”.

De igual forma, en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento 31-32), se ha indicado que

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

### **La concesión minera en el ordenamiento constitucional**

A fin de determinar si se ha vulnerado el derecho de consulta previa, considero necesario explicitar previamente los alcances del otorgamiento de una concesión. Así, es pertinente recordar que el Texto Único de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM, establece en su artículo VI que son “actividades de la industria minera las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero”. Y en el artículo VII se establece que el ejercicio de actividades mineras se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones. El artículo 9 establece que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos. Y en el artículo 10 se establece que la concesión minera “otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario”.

Como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional, la concesión “es un supuesto de cesión unilateral a terceros, dispuesta por la Administración Pública, de los bienes comprendidos bajo la esfera del dominio público” (cfr. sentencia recaída en el



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

Expediente 00048-2004-PI/TC, fundamento 101). Más aún, el Tribunal entendió en el fundamento 102 de tal citada sentencia lo siguiente:

En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo sobre los recursos naturales renovables y no renovables, como potestad soberana del Estado para regular su aprovechamiento. Es, en sí misma, un título que [...] hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privados derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes [...]; es decir, se 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 particular.

Por lo expuesto, [...] la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración. Es decir, el particular, antes de que se celebre el acto de concesión, carecía absolutamente de dicha capacidad o derecho, que surge *ex novo* [citas del original omitidas].

Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente 00048-2004-PI/TC, fundamento 108, se señaló lo siguiente:

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.

Por consiguiente, la concesión minera es un acto jurídico de derecho público, mediante el cual la Administración Pública dispone de un régimen jurídico y obligaciones en la exploración y explotación de los recursos minerales no renovables.

Como se aprecia, desde luego, el otorgamiento de concesiones mineras y la actividad minera no son inconstitucionales *per se*. Ello ha sido enfatizado también en la sentencia recaída en el Expediente 00001-2012-PI/TC, haciendo explícito el contenido del planteamiento de la inversión deseada por la Constitución. En efecto, en el fundamento 44 de la referida sentencia este Tribunal desarrolló el esquema por medio del cual se desea lo siguiente:

[...] brindar previsibilidad sobre qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos naturales, es la que se encontrará protegida por la Constitución. Así, debe considerarse cuatro puntos esenciales que deben ser evaluados al realizarse un análisis de este tipo: i) aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, ii) fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección, iii) reparaciones integrales en caso de afectación a la población, y; iv) concretización del principio de coparticipación de la riqueza.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

De lo expuesto, se advierte que la Constitución autoriza la actividad minera en el territorio nacional utilizando para ello el contrato de concesión, y autorizando que la actividad minera se realice de manera responsable y previendo posibles conflictos. Para garantizar ello, no solo es necesaria una fiscalización de la actividad minera por parte de la Administración Pública que aprueba y supervisa, en primera instancia, que tal actividad sea llevada de manera adecuada con el resto de bienes y valores constitucionales, sino que sea consultada a los pueblos y comunidades cuyos territorios serán materia de concesión.

### **El deber de someter a consulta previa el otorgamiento de concesiones**

La entidad demandada ha sostenido que el título de concesión minera no supone la autorización para el ejercicio inmediato de actividades mineras, esto es, no autoriza realizar las actividades mineras de exploración y explotación.

Pues bien, la entrega de un título de concesión otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, además, “otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que la Ley reconoce al concesionario”. Así las cosas, es factible suponer que habría una disminución considerable del valor de mercado de los territorios que han sido concesionados, por ende, no resulta razonable afirmar que en la etapa inicial y que, con la entrega del título de concesión, aún no exista una “afectación directa” a las comunidades, en tanto no se cuente con las licencias y autorizaciones correspondientes.

La concesión minera es un acto constitutivo de derechos que efectivamente ejerce una injerencia en la situación jurídica de las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará, ya que en el presente caso se están otorgando derechos sobre parte de los territorios de tales comunidades. Y es que, por medio de las concesiones mineras cuestionadas en la presente demanda, el Estado otorgó una determinada situación jurídica de poder o de ventaja al concesionario sobre el territorio de las recurrentes, esto es, la posibilidad de realizar determinados actos por parte del concesionario, teniendo la comunidad que soportar la actuación de quien goza del derecho de concesión.

Así, el objeto de la consulta previa es poner en conocimiento de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas la existencia de alguna medida que pueda incidir no solo en su territorio, sino también en su modo y estilo de vida conforme a su propia cosmovisión del mundo, ello incluye a las afectaciones de carácter jurídico, tal como ocurre en el caso de las concesiones, las cuales brindan derechos reales sobre los territorios.

La entidad emplazada asume que el otorgamiento de la concesión es solo el inicio de un largo proceso, el cual estaría integrado de las siguientes fases: i) concesión,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

ii) exploración y iii) explotación. Esto le permite asumir que, en la primera fase, no existe una afectación directa a los pueblos indígenas, lo que se debe a que propiamente aún no se ha iniciado con la exploración de lugar. Ello implica, como es de verse, que para Ingemmet solo existe propiamente una “afectación” cuando existe alguna incidencia física directa en el territorio en el que se ha dado la concesión, esto es, cuando ya se han iniciado las actividades de exploración.

Siendo ello así, las comunidades recurrentes no fueron entonces consultadas sobre las concesiones otorgadas sobre su territorio, hecho que no ha sido desvirtuado por la parte demandada. En consecuencia, se acredita la vulneración del derecho a la consulta previa en perjuicio de la parte recurrente. En tal sentido, corresponde anular la resoluciones administrativas cuestionadas por no haber iniciado previamente el procedimiento de consulta previa.

A mi consideración esperar hasta las subsiguientes fases como la exploración o explotación para realizar la consulta previa resulta inconstitucional, ya que, en dichos estadio, la comunidad ya nada podría argüir. En todo caso, lo único que podrían exigir es participar de alguna manera en los beneficios que depararía el proyecto. De ahí que el otorgamiento de una concesión es también una medida administrativa que impacta en los derechos e intereses de la comunidad. Dilatar la oportunidad de la consulta a las siguientes fases es, en la práctica, debilitar el contenido de este derecho.

En consecuencia, la “afectación directa” a la que se refiere el Convenio 169 no es solamente aquella que incide en el territorio de la comunidad, y que implica, por decirlo de alguna manera, una presencia física en dicho espacio. El concepto es más amplio y puede relacionarse, por ejemplo, con actos estatales que generen una afectación de carácter jurídico.

La idea de que las concesiones deban ser objeto de consulta no es, por cierto, completamente inédita. Ya en el derecho internacional de los derechos humanos esta tendencia se ha asumido en pronunciamientos constantes. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado diversos escenarios en los que es posible exigir el derecho a la consulta en momentos previos a la concesión. Así, en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*, el tribunal interamericano precisó lo siguiente:

[...] el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental [cfr. Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 205].

En ese mismo sentido, también ha afirmado que el Estado no puede otorgar concesiones en territorios indígenas si es que previamente no se han cumplido las garantías de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto social y ambiental (cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 146).

Dichos pronunciamientos, son parámetro para la interpretación de los derechos que la Constitución reconoce. Este deber es aún más esencial si el criterio adoptado por el referido organismo regional es de carácter favorable o evidencia una tendencia en favor de los pueblos indígenas o comunidades campesinas, tal y como ocurre en este caso.

Por ello, el otorgamiento de concesiones es un acto administrativo que afecta directamente a los pueblos indígenas y a las comunidades campesinas, y que activa el elenco de garantías que otorga el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785, del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

Así pues, a la luz de lo señalado precedentemente, resulta claro que una interpretación de lo que es la “afectación directa” como la que ha sido empleada por Ingemmet, es contraria a la interpretación de los derechos efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por estos fundamentos, la demanda de amparo debe estimarse.

### **Acerca de la constitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional**

Teniendo en cuenta que en el presente caso se aplica el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31307, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2021, es mi deber de jueza constitucional dejar constancia de que dicha ley es manifiestamente contraria a la Constitución y que cuando ha sido sometida a control del Tribunal Constitucional mediante un proceso de inconstitucionalidad [Expedientes 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC], tres magistrados, en una motivación sin ningún sustento y tan sólo de tres párrafos, han hecho posible que dicha ley, pese a su inconstitucionalidad, se aplique sin ningún cuestionamiento.

En otras palabras, **el poder de los votos y no el de las razones jurídicas** ha caracterizado la historia de esta ley: el Poder Legislativo tenía los votos, así es que sin mayor deliberación e incumpliendo su propio reglamento, aprobó la ley. Luego, el Tribunal Constitucional, con tres votos que no tenían mayor justificación y alegando un argumento sin fundamento, convalidó dicho accionar del Poder Legislativo. Serán la ciudadanía, la opinión pública o la academia, entre otros, los que emitirán su punto de vista crítico para que estas situaciones no se repitan.

Un Código Procesal Constitucional, que se debería constituir en una de las leyes más importantes del ordenamiento jurídico peruano, dado que regula los procesos de defensa



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

de los derechos fundamentales y el control del poder, tiene hoy una versión que está vigente por el poder de los votos y no de las razones jurídicas. Es claro que ello deslegitima el Estado de Derecho y en especial la justicia constitucional. Este nuevo código es inconstitucional, irrefutablemente, por vicios formales (más allá de los vicios materiales). Lo voy a exponer de modo breve:

La Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, por ser una ley orgánica (artículo 200 de la Constitución), no se debió ser exonerada del dictamen de comisión. El artículo 73 del Reglamento del Congreso regula las etapas del procedimiento legislativo así como la excepción para que la Junta de Portavoces pueda exonerar a algunas etapas de tal procedimiento, pero además, y esto es lo más relevante, establece de modo expreso que “Esta excepción no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas sobre materia tributaria o presupuestal”.

Asimismo, concordante con el artículo antes citado, el artículo 31-A, inciso 2, del Reglamento del Congreso de la República, regula, entre otras competencias de la Junta de Portavoces, “La exoneración, previa presentación de escrito sustentado del Grupo Parlamentario solicitante y con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación”, y luego, expresamente, establece que “Esta regla no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas que propongan normas sobre materia tributaria o presupuestal, de conformidad con lo que establece el artículo 73 del Reglamento del Congreso”.

Como se aprecia, el Reglamento del Congreso, en tanto norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, dispone que en los casos de leyes orgánicas, la Junta de Portavoces no puede exonerar del envío a comisiones en ningún supuesto. En el caso de las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa de una proposición aprobada, éstas “se tramitan como cualquier proposición” [de ley] (artículo 79 del Reglamento del Congreso).

Por tanto, ante las observaciones del Presidente de la República a una proposición de ley correspondía tramitarla como cualquier proposición de ley y, como parte de dicho trámite, enviarla a la respectiva comisión, resultando prohibido que la Junta de Portavoces exonere del trámite de envío a comisión cuando se trata de leyes orgánicas.

En el caso del nuevo Código Procesal Constitucional, mediante sesión virtual de la Junta de Portavoces celebrada el 1 de julio de 2019 se acordó exonerar del dictamen a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Autógrafa de Ley, pese a que se trataba de una ley orgánica. Esta exoneración resultaba claramente contraria al propio Reglamento del Congreso y con ello al respectivo bloque de constitucionalidad, por lo



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

que correspondía declarar la inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional por haber incurrido en vicios formales. El Congreso de la República no respetó el procedimiento de formación de la ley que el mismo fijó.

Carece de fundamento el argumento de los tres magistrados que salvaron esta ley. Ellos sostienen que conforme al último párrafo del artículo 79 del Reglamento del Congreso, el trámite de una autógrafa de ley observada por el Presidente de la República debe pasar a comisión sólo si fue exonerada inicialmente de dicho trámite, de modo que en el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, al haber pasado ya por una comisión dictaminadora [antes de su primera votación], podía exonerarse a la autógrafa observada de dicho código.

Este argumento de los tres magistrados es incorrecto pues dicho párrafo es aplicable sólo cuando se trata de leyes distintas a las leyes orgánicas o de reforma constitucional, entre otras. Lo digo una vez más. En el caso de las leyes orgánicas la Junta de Portavoces del Congreso de la República está prohibida de exonerar el envío a comisiones. Las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa del Nuevo Código Procesal Constitucional debieron recibir un dictamen de la comisión respectiva y, por tratarse de una ley orgánica, no podían ser objeto de ninguna exoneración sobre el trámite a comisión.

Pese a la manifiesta inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional y atendiendo a que, formalmente, una sentencia del Tribunal Constitucional, con el voto de tres magistrados, ha convalidado, en abstracto y por razones de forma, dicho código, debo proceder a aplicarlo en el caso de autos, reservándome el pronunciamiento en los casos que por razones de fondo se pueda realizar el respectivo control de constitucionalidad.

Dicho esto, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración al derecho a la consulta previa. En consecuencia, **nula** la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005.

Lima, 1 de febrero de 2022

S.

**LEDESMA NARVÁEZ**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

### **VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por la mayoría de mis colegas, por las razones que a continuación expongo:

1. El 17 de setiembre de 2017, las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara interponen demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (Minem). Solicitan la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Alegan que las cuadrículas de las concesiones mineras se superponen sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla. Indican que, en estricto, dichas concesiones ocupan más del 50 % de cada una de las comunidades demandantes. Precisan que esto ha ocurrido sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural y religiosa.
2. Refieren que para las comunidades indígenas hay una estrecha relación con la tierra. No se trata de una relación de posesión y producción, sino como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia. Sostienen que mediante la concesión se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo, sobre recursos naturales renovables y no renovables. Hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado, derechos, facultades, poderes hasta entonces inexistentes. Por ello afirman que los territorios indígenas estarán a merced de que el Estado priorice la actividad minera sin tomar en cuenta los otros usos del territorio y la protección del medio ambiente.
3. Aducen que no es necesario agotar la vía administrativa puesto que el Minem está a punto de otorgar licencias de exploración y explotación para autorizar el comienzo de las actividades extractivas sobre el territorio de las comunidades. Indican que nunca se les notificó de manera efectiva y concreta a las autoridades y miembros de la comunidad. El Estado asume que las autoridades comunales tienen acceso a diarios, cuando estas comunidades viven en zonas rurales donde no llega la prensa escrita y además no tienen los medios económicos para comprarlos. Indican también que la información publicada no es suficiente, pues no saben si el territorio de su comunidad ha sido concesionado. Alegan que este accionar vulnera el derecho de defensa, al no poder oponerse a la concesión minera conforme a la legislación.
4. Finalmente, señalan que la titulación de las concesiones mineras en territorios de las comunidades campesinas, compromete y afecta el derecho a la propiedad y el territorio de los pueblos indígenas. Además, la actividad de exploración y explotación que genere la titulación de las concesiones mineras va a afectar el ejercicio de las actividades normales de los pueblos indígenas al limitar y restringir el derecho de propiedad y al territorio. E insiste en que las concesiones mineras no solo tendrán una incidencia directa en el derecho a la identidad cultural, sino que constituye una amenaza cierta e inminente a la tierra, a la cultura y a sus tradiciones.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

5. Mediante Resolución 25, fecha 27 de febrero 2017, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno resolvió la apelación propuesta por las comunidades campesinas en contra de la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución 09 de fecha 09 de mayo de 2016 que declaró improcedente la demanda. La Sala Civil por su parte consideró que al no haberse incluido en el proceso a la empresa Cementos Sur S.A. pese a que tiene la calidad de litisconsorte necesario por ser la titular de la concesión se habría estado imposibilitada para una decisión sobre el fondo, por lo que declaró la nulidad la sentencia apelada y nulo todo lo actuado ordenando que se proceda a calificar nuevamente la demanda.
6. Por ello, mediante Resolución 30, de fecha 26 de mayo de 2017, se admitió a trámite la demanda y se dieron 5 días para la contestación (f. 498).
7. Mediante escrito de fecha 01 de agosto de 2017, el Ingemmet contesta la demanda indicando que en ningún momento han cumplido con demostrar algún tipo de acto administrativo que genere la vulneración o la amenaza cierta e inminente del derecho fundamental alegado. Alega que cualquier acto administrativo emitido por el Estado dentro del territorio de los demandantes no implica *per se* la vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa. Entiende que la demanda se plantea por una supuesta amenaza cierta e inminente de vulneración a su derecho fundamental a la propiedad, por lo que debieron impugnar el acto administrativo con el que se generaría la amenaza. Y resalta que la sola concesión no implica que se proceda de inmediato a realizar la actividad extractiva o minera, puesto que “el proceso de otorgamiento en concesión de hidrocarburos es largo y detallado” debiendo contar con certificación ambiental, aprobación del Instituto Nacional de Cultura, obtener el permiso para utilización de tierras mediante acuerdo previo servidumbre administrativa. Si bien reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas (f. 516), entiende también que este tiene límites.

Argumenta que no está permitido poner en tela de juicio los compromisos internacionales una vez asumidos, lo contrario implicaría una contravenir el principio de buena fe y el de *pacta sum servanta*. Por ello indica que el Convenio 169 sí obliga internacionalmente al Perú, su cumplimiento no implica que se trata de un derecho fundamental ilimitado. Alega que la consulta no responde a una forma unívoca, sino que depende del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de control y la finalidad de la misma. También precisa que son los pueblos indígenas los que tienen que sustentar que determinada medida incide o afecta directamente en sus intereses. Concluye por ello que los demandantes no han acreditado ningún tipo de configuración de amenaza cierta e inminente, y mucho menos una vulneración de algún tipo de derecho de propiedad o de consulta previa.

8. Mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2017 la empresa Kuskalla Mining Company S.A. (en adelante Kuskalla) se apersonó y contestó la demanda, indicando que las resoluciones jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

2005, y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005, otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II, respectivamente a favor de Rolando Francisco Málaga Luna. Ambos petitorios fueron transferidos a favor de Cemento Sur S.A. cuya actual razón social es CAL & Cemento Sur S.A. Con fecha 05 de mayo de 2016 se realizó la transferencia a favor de Kuskalla. De otro lado indicó que en ningún momento se interpuso recurso administrativo en contra de las resoluciones jefaturales referidas, incumpléndose con lo establecido en el artículo 125 de la Ley General de Minería, con lo que se habría configurado la falta de agotamiento de la vía administrativa.

Indica que la demanda debe ser declarada improcedente pues existe una vía igualmente satisfactoria ya que las resoluciones impugnadas son susceptibles de ser vistas en el proceso contencioso administrativo. Afirma que la concesión no es suficiente para llevar a cabo el proyecto de inversión, por lo que el agotamiento de la vía previa no implicaría que la supuesta agresión pudiera convertirse en irreparable. De otro lado, expresó que la concesión minera es un derecho expectativo que no configura un derecho real al terreno superficial y no genera certeza sobre ninguna actividad, proyecto o ni sus eventuales impactos. Las actividades de exploración o explotación no pueden llevarse a cabo solamente con la concesión minera. Sostiene, por tanto, que no se ha afectado el contenido esencial del derecho a la consulta.

Refiere que en la demanda no se ha presentado medio probatorio que demuestre que su territorio se encuentra amenazado con el otorgamiento de las concesiones mineras no metálicas, solo meras conjeturas o suposiciones. Asimismo, se ha indicado que en la demanda no se ha demostrado que Ingemmet no comunicó el otorgamiento de las concesiones a las comunidades campesinas, no obstante, en la propia demanda se indicó que el procedimiento administrativo se comunicó mediante aviso de prensa escrita. Refiere que la concesión no implica el inicio de una actividad *per se* por lo que no existe vulneración al derecho de consulta ni a sus derechos conexos. Más aun, de acuerdo al artículo 7 de la Ley 26505, el titular de la concesión minera deberá obtener directamente del propietario o poseionario los derechos superficiales necesarios para la realización de sus actividades. Asimismo, explica que en la práctica se evidencia que el concesionario deberá negociar directamente con las poblaciones indígenas propietarias del terreno para recién acceder a la zona, ya que de lo contrario el proyecto no prosperará. Por ello alega que la medida administrativa no afecta directamente a los pueblos indígenas.

9. Mediante Resolución 42, de fecha 18 de mayo de 2018 (f. 769), el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito-Juli de la Corte Superior de Justicia de Puno, declaró improcedente la demanda considerando que los demandantes podían recurrir a la vía contencioso administrativa. Considera que los demandantes no han cumplido con el artículo 125 del *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*, que plantea medio impugnatorio administrativos contra la Resolución del registro público de minería, ante el Consejo de Minería, no agotando con ello la vía administrativa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

10. Mediante Resolución 58, del 01 de julio de 2019, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, confirmó la apelada indicando que, con la demanda se pretende la nulidad de las concesiones mineras emitidas en favor de Cemento Sur S.A. No obstante, considera no es claro que los actores pertenezcan a un pueblo indígena y que su autoidentificación con uno de estos pueblos no se ha acreditado. Por ello, considera que la titularidad del derecho a la consulta debe estar plenamente probada.
11. Asimismo, se estableció que la demanda no alude a un asunto que requiere una tutela especial de urgencia, al no acreditar el inicio de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales existentes en tierras de pueblos indígenas o de comunidades campesinas. Citando la Sentencia 0022-2009-PI/TC (fund, 16) del Tribunal Constitucional, se estableció que el derecho de consulta para el caso específico de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y no previamente al otorgamiento de una concesión. Por ello no se ha demostrado amenaza o violación de los derechos constitucionales invocados.
12. Finalmente se indicó que de acuerdo al Reglamento de Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC, se ha previsto que la consulta a los pueblos indígenas y tribales en forma previa a la exploración o explotación conforme a lo previsto en el Convenio 169, pero no antes de su concesión.

#### **Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda**

13. Mediante el proceso de amparo se solicita que se dejen sin efecto la Resolución Jefatural 04327-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre 2005, y la Resolución Jefatural 4209-2005-INACC/J, de fecha 11 de octubre de 2005, mediante las cuales se otorgó título de concesión minera no metálica Chilachambilla 1 y Chilachambilla 2, por encontrarse sobrepuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes. Indican que esta medida contraviene el derecho a la consulta previa, y amenaza su derecho a la propiedad, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa.

#### **Comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios**

14. En la resolución de la Sala superior revisora se ha considerado que las comunidades campesinas demandantes no habrían acreditado ser pueblos indígenas, por lo que no podrían invocar el derecho de consulta. Ello, a pesar de que las partes no plantearon dicho tema en el debate judicial. En virtud de esta situación estimo que es relevante indicar algo acerca de la identificación de las comunidades campesinas como pueblos indígenas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

15. Si bien el texto de la Constitución no hace referencia al término “pueblos indígenas” sí incorpora el término pueblos originarios (artículo 191). Fue mediante el Convenio 169 de la OIT mediante el cual se incorporó la nomenclatura jurídica de “pueblos indígenas”, utilizada prevalentemente en el derecho internacional. Y como ya lo indicó el Tribunal Constitucional, dicho tratado, con rango constitucional, entró en vigor el 02 febrero de 1995 (ver Sentencia 00025-2009-PI/TC, f. j. 20 y 23).
16. Debe indicarse que de acuerdo al 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 consideradas pueblos indígenas u originarios. Con 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 07 de setiembre de 2011, se estableció, además de los mecanismos para llevar a cabo este procedimiento, criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios, precisándose que las “comunidades campesinas o andinas” pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios.
17. Se observa entonces que la legislación nacional consideró en su momento que las comunidades campesinas y nativas eran pueblos indígenas, pero desde setiembre de 2011, se estableció que estas comunidades *pueden* ser consideradas pueblos indígenas. Estos cambios por parte del legislador si bien resultan legítimos generan también cierta inestabilidad respecto de los derechos de las comunidades campesinas y nativas. Más aún si es que existe criterios de identificación objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169.
18. En consecuencia, frente a una duda sobre si determinada comunidad campesina pertenece o no a un pueblo indígena, no resulta legítimo que el juzgador presuma que no es un pueblo indígena. Más aún si se toma en consideración el artículo 2 de la Ley 24656, *Ley General de Comunidades Campesinas*, que establece que estas 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 [...]”. De ahí que la obligación de acreditar fehacientemente que determinada comunidad campesinas o nativa no es o no pertenece a un pueblo indígena recae en quien plantea ello. No bastando una supuesta observación superficial sobre determinadas comunidades campesinas.
19. En todo caso, en lo que a este caso importa, la *Ley de Consulta Previa* establece la creación de una Base de Datos oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (artículo 20). Dicha Base de Datos es accesible vía el portal electrónico <https://bdpi.cultura.gob.pe/>. De la revisión de tal portal, este Tribunal ha apreciado que tanto la comunidad Chila Chambilla como Chila Pucará (R.J. 049-77-



AEORAMS-VIII, Ficha 155 RJ 037-77-AE-ORAMS-VIII, Ficha 125 respectivamente) pertenecen al pueblo indígena Aimara.

### **Configuración dinámica y contextualizada del derecho a la consulta**

20. Como se sabe el Congreso Constituyente Democrático mediante Resolución Legislativa 26253, aprobó el Convenio 169, siendo ratificado el 17 de enero de 1994 por el Poder Ejecutivo y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Entró en vigor 12 meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación, esto es, desde el 02 de febrero de 1995, de acuerdo al artículo 38.3 del Convenio (ver Sentencia 0025-2009-PI/TC, f. j. 23). Por tanto, este Convenio, que ostenta rango constitucional (fundamento 33 de la sentencia 0025-2005-PI/TC), forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, como cualquier otra norma, debe ser acatada (f. j. 31 de la sentencia 03343-2007-PA/TC).

21. En la Sentencia 00025-2009-PI/TC se ha resaltado su valor constitucional y su relación con otros derechos constitucionales:

20. En diversas oportunidades, este Tribunal ha hecho referencia al valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC].

22. Así también, se ha delimitado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta en la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC:

#### **X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta**

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que, si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.  
(...)"

23. Mientras que en la sentencia 00005-2012-PI/TC este Tribunal estableció que el único sujeto pasivo u obligado para con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa es el Estado, quien no sólo tiene el deber de



garantizar - promoviendo a 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.

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

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



28. Así, cuando se esté frente a un plan de desarrollo o una inversión dentro de un territorio indígena que pueda tener un *impacto profundo* en los derechos de propiedad de sus miembros, además de la consulta se requiere obtener también el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígenas. Es cierto que la Corte Interamericana no estableció un contenido de qué implicaba el término “impacto profundo”, lo que no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso a caso.
29. En suma, la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas con el objetivo de alcanzar el consentimiento, aunque no se requerirá contar con el consentimiento del pueblo indígena para proseguir con la medida. De otro lado, en ciertas circunstancias en donde se configure un “impacto profundo” en los derechos de los pueblos indígenas o sus miembros, tal como el almacenamiento de materiales peligrosos en sus territorios, se requerirá además de la consulta, obtener el consentimiento del pueblo indígena.
30. De ello se aprecia una configuración dinámica y contextualizada del derecho de consulta. Requiriéndose más obligaciones cuando el impacto es mayor y menos obligaciones cuando el impacto pueda ser menor. Dicha configuración encuentra su fundamento no solo en el Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino especialmente en el principio de flexibilidad explicado en el artículo 5, literal b) del Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta que establece:
- “Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado”.
31. De igual forma en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (Sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, fund. 31-32), que ha indicado lo siguiente:
- “[...] el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.”

### **Análisis de la controversia**

32. En la presente causa la cuestión a determinar es si procedería o no que se consulte a las comunidades campesinas demandantes el otorgamiento de una concesión minera



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.

33. El artículo 6, a) del Convenio 169 establece que, al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán

“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas *susceptibles de afectarles directamente*” (cursivas agregadas).

34. La *Ley de la Consulta Previa* establece en su artículo 2 que el derecho a la consulta es:

“el derecho de los pueblos Indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos (resaltado nuestro)

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

36. Como se aprecia, y como ya lo ha indicado el Tribunal, en abstracto es imposible precisar mediante una fórmula clara cuando se está ante una medida que afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pero se indicó que resultan evidentes aquellos casos que generen menoscabos, perjuicios, se incluya desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos de intereses colectivos de los pueblos indígenas (Sentencia 0025-2009-PI/TC, f.j. 25).

37. De lo expuesto, se deduce que son los pueblos indígenas quienes tienen la carga de probar de qué manera la medida cuestionada afecta directamente al pueblo indígena. Es decir, deben precisar concretamente de qué manera se han configurado cambios relevantes y directos en la situación jurídica de las comunidades campesinas. Ello desde luego, lo pueden realizar tomando en cuenta su cultura, así como los principios jurídicos del derecho que emergen de la cultura indígena. Es precisamente tal explicación la que coadyuvará a la construcción de un diálogo intercultural.

38. En este caso las comunidades demandantes cuestionan las concesiones mineras no metálicas contenidas en las resoluciones jefaturales 0427-2005-INACC/J, de fecha 18 de octubre de 2005 y la 04209-2005-INACC/J, del 11 de octubre de 2005,



otorgaron el título de concesión minera no metálica Chilachambilla I y Chilachambilla II.

39. Como puede verse, es necesario primero determinar qué implica una concesión minera y si ésta afecta directamente al pueblo indígena; para poder concluir si se afectó o no el derecho a la consulta.
40. La Constitución en el párrafo segundo del artículo 66 señala que “La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.” Mientras que el artículo 23 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales (Ley 26821) “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”.
41. Así también, conforme ha señalado el propio abogado del Ingemmet en su escrito de fecha 20 de abril de 2021 (cuaderno del Tribunal Constitucional), que reconoce la naturaleza constitucional de este Convenio de la OIT y la calidad de derecho fundamental de la consulta previa, “de conformidad con lo establecido en el TUO de la Ley General de Minería, entendemos que la concesión minera es un acto administrativo por el cual la Administración Pública genera efectos jurídicos sobre el administrado o particular otorgándole derechos y obligaciones.”
42. Con relación a las concesiones en territorios que corresponden a Pueblos Indígenas, es necesario citar lo afirmado por Relator Especial de las Naciones Unidas de los Derechos de los pueblos indígenas en su informe sobre Perú, párrafo 40:
- el proceso utilizado por el Ministerio de Energía y Minas para otorgar concesiones (véase el párrafo 16 supra), identifica tres etapas en las que realizar consultas previas: a) previa autorización de las obras de construcción; b) antes del inicio de las actividades de exploración; c) antes de la aprobación de los planes mineros. Sin embargo, no se contempla realizar la consulta antes del otorgamiento de la concesión minera, que es previo a todos estos momentos, bajo el supuesto que la concesión minera por sí sola no constituye una “autorización al titular para la realización de actividades mineras de exploración, explotación [o] beneficio de minerales.” 31 El Relator Especial considera que esta postura debe ser revisada, porque en todo caso una concesión para eventuales actividades mineras en territorios indígenas si es una decisión susceptible a afectar los derechos de los pueblos indígenas
43. Es decir, que una concesión, tal como está regulada, es susceptible de afectar directamente los derechos de las comunidades. Este tema es vital para resolver la presente controversia, más aún si tenemos en consideración que, de conformidad con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT:



1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

De igual manera, este Tribunal en el fundamento 50 de la sentencia recaída en el expediente 00022-2009-PI/TC, precisó la postura respecto a la relación entre posesión y propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. Así, conforme a lo establecido por la Corte IDH en la sentencia del *Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay*, concluye en su párrafo 128:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro

44. En consecuencia, si las comunidades campesinas tienen título de pleno dominio sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y que es obligación del Estado de abstenerse de realizar, en tanto no se produzcan estas delimitaciones (del territorio), actos que puedan generar que sus agentes, o terceros que actúen bajo su tolerancia, terminen por afectar la existencia, el valor y el uso de los bienes ubicados en las zonas en las que habitan las comunidades [Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 153], no puede entenderse que se otorguen concesiones en estos territorios de propiedad de la Pueblos indígenas sin previamente haber realizado el procedimiento de consulta.
45. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos estima que si bien es posible restringir el derecho de propiedad y el derecho sobre los recursos naturales, bajo circunstancias específicas y excepcionales, pues no son derechos absolutos, señaló expresamente, en el párrafo 50, que “el otorgamiento de concesiones para proyectos de desarrollo o inversión que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka constituye un tipo de restricción al uso y goce de la propiedad.” (Sentencia de interpretación del caso Saramaka versus Surinam del 12 de agosto de 2008).
46. Esto es, que si la concesión, como ocurre en el presente caso, es ya una restricción al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, en sí obviamente ya es una medida directa que afecta los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas y que, por lo tanto, para su otorgamiento requiere que se realice previamente el procedimiento de consulta.
47. Así es como ha entendido la Corte Constitucional de Colombia respecto al concepto de “afectación directa” (SU 123-18, fundamento 7.3):

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03066-2019-PA/TC  
PUNO  
COMUNIDADES CAMPESINAS  
CHILA CHAMBILLA Y CHILA  
PUCARÁ

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.

48. En consecuencia, estimo que en el presente la concesión otorgada a la parte demandante incide directamente en los derechos colectivos de las comunidades demandantes, pues modifica su situación jurídica respecto del derecho de propiedad; razón por la cual debe dejarse sin efecto las concesiones cuestionadas, en la medida que se ha vulnerado el derecho a la consulta previa, y disponerse que en caso se decida otorgar nuevamente estas concesiones, realizar previa e informadamente el procedimiento de consulta previa.

Por estas consideraciones, considero que la presente demanda debe ser declarada **FUNDADA** y dejarse sin efecto las concesiones demandadas. Disponer que, en caso se decida otorgar nuevamente una concesión a la parte demandada, realizar el procedimiento de consulta a la parte demandante.

S.

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**